Die
Rechtsnatur des Verlöbnisses.

*

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Juristischen Fakultät

der Philipps-Universität

zu Marburg

vorgelegt von

Joachim Köhn

Referendar aus Berlin-Schöneberg.

MARBURG 1928

Buchdruckerei Chr. Wiegler Nachf., Berlin SW 68

Als Dissertation von der Juristischen Fakultät angenommen am 27. Juli 1927.

Berichterstatter: Prof. Dr. Manigk.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalts-Verzeichnis.

§ 1. Einleitung 7
§ 2. Überblick über die geschichtliche Entwicklung des Verlöbnisses 9
§ 3. Die einzelnen Theorien und die Entstehungsgeschichte der §§ 1297 ff. BGB. . . . 12

A. Die Rechtsnatur des Verlöbnisses 15

§ 4. Der Begriff des Rechtsgeschäfts . . . 15
§ 5. Das Verlöbnis als Rechtsgeschäft . . 23
§ 6. Die Pflicht zur Eingehung der Ehe . . 23
§ 7. Der Brautstand 32
§ 8. Die Schadensersatzfolgen 35
§ 9. Die Willensrichtung der Parteien . . 37
§ 10. Schluß und Zusammenfassung der Ergebnisse 41
§ 11. Die einzelnen Vertragstheorien . . . 41

B. Die Anwendbarkeit der Vorschriften über Willenserklärung, Rechtsgeschäft und Vertrag im BGB. auf das Verlöbnis 45

§ 12. Die Geschäftsfähigkeit 46
§ 13. Stellvertretung und Nebenbestimmungen (Bedingung und Befristung). . 51
§ 14. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit . . . 53

C. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts . . . 59

§ 15. Die Rechtsprechung in Zivilsachen . . 59
§ 16. Die Rechtsprechung in Strafsachen . . 62

D. Die einzelnen Tatsächlichkeitstheorien . . . 65

§ 17. Die Theorie der culpa in contrahendo und des Garantieversprechens 65
§ 18. Die Deliktstheorie 67
§ 19. Die Billigkeitstheorie und die Theorie des Sozialverhältnisses 69

E. Schluß 74

Literatur-Verzeichnis.

v Amira:	Grundriß des germanischen Rechts, Straßburg 1913.
v. Blume:	in JW. 1921, S. 1253. Besprechung zu Entscheidung Nr. 10
Breit:	Willenserklärung als Äußerung. In Gruch. Beitr., Jg. 55, S. 1.
Breit:	Die Geschäftsfähigkeit, 1903.
Brodmann:	Im Handbuch des gesamten Handelsrechts. IV. 2. Leipzig 1918
Bunsen:	Einführung in das BGB, Rostock 1897/98.
du Chesne:	Bedingtes Verlöbnis, Zent. Bl f. FG 1922, S. 92.
Cosack:	Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 1924.
Crome:	System des bürgerlichen Rechts, Tübingen 1908
Danz:	Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 1911.
Degenkolb:	Die Lehre vom Vorvertrag. Arch. f. ziv. Prax. Bd. 71. S.
Dernburg:	Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens Halle 1908
Dernburg:	Pandekten, Berlin 1903.
Dittenberger:	Das Verlöbnisrecht im BGB. Halle 1901.
Dniestrzanski:	Zur Lehre vom Verlöbnis. In Grünh. Z. 33. Bd. 1906. S. 87 ff
Eck-Leonhard:	Vorträge über das Recht des BGB. Berlin 1904.
Eltzbacher:	Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichem Recht. Berlin 1903.
Endemann:	Lehrbuch des bürgerlicheu Rechts Berlin 1908
Engel:	Verlöbnisse zwischen Dirnen und Zuhältern und ihre Bedeutung für das Recht der Zeugnisverweigerung. Im Recht 1901, S. 534 u 560.
Engelmann:	Das bürgerliche Recht Deutschlands. Berlin 1909.
Enneccerus:	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts (Enneccerus-Kipp-Wolff), Bd. I, 1 Allgemeiner Teil, 22 Aufl Marburg 1923. Bd. I. 2. Das Recht der Schuldverhältnisse. 25/29. Aufl. Marburg 1926.
Friedberg:	Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts. 6 Aufl, Leipzig 1909
Gierke:	Entwurf eines BGB. Leipzig 1889.
Grisebach:	Verlöbnis nach Strafrecht und Zivilrecht. In DJZ. 1925, S 1644 ff
Goldmann:	Zur Rechtsnatur des Verlöbnisses. In DJZ 1901, S. 432.
Habicht:	Die altdeutsche Verlobung. Halle 1879.
Hellmann:	Das Verlöbnis nach BGB. In DJZ. 1901, S. 217 ff.
Henle:	Vorstellungs- und Willenstheorie, Leipzig 1910.
Henle:	Nichtehe. Ein Beitrag zu den Grundbegriffen des deutschen bürgerlichen Eherechts Stuttgart 1915
Hinschius:	Das Personenrecht der Ehegatten im Entwurf eines BGB. Im Arch. f ziv. Prax. Bd. 74, S. 55 ff.

Hölder: Zur Theorie der Willenserklärung. In der Leipziger Festschrift, für Degenkolb 1905.

Jacobi: Das persönliche Eherecht des BGB. Berlin 1899.

Junghans: Die beschränkte Geschäftsfähigkeit im Verlöbnisrecht. Im Sächs. Rpfl. A 1919, S. 177 ff.

Karlowa: Römische Rechtsgeschichte, Leipzig 1901.

Kohler: Ideale im Recht. In Arch. bürgl. R. Bd. 5, S. 161 ff.

Kommentar: herausgegeben von Reichsgerichtsräten, 5. Aufl. 1923.

Landsberg: Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1904.

H. Lehmann: Allgemeiner Teil des BGB.

Lenel: Parteiabsicht und Rechtserfolg, in Jher. Jahrb. 19. S. 154.

R. Leonhard: Das persönliche Eherecht. In Arch. f. prakt. Rechtsw. 3. Folge. 7. Band

Liszt: Lehrbuch des Strafrechts, Berlin 1919, 21. u. 22. Auflage.

Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften über Rechtsgeschäfte Breslau 1901.

Manigk: Zum Begriff des Rechtsgeschäfts. In DJZ. 1902.

Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin 1907.

Manigk: Die Idee des Naturrechts. In der Festgabe für Stammler. Berlin 1926.

Manigk: „Rechtshandlungen" u. „Rechtswirkung" in dem Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Berlin 1927.

Matthiaß: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1899.

M E. Mayer: Rechtsphilosophie. In der Kaskel-Kohlrausch'schen Encyklopädie. Bd. I. 1922.

Meißner: Kommentar zum BGB. Breslau 1905.

Mitteis: Familienrecht. In der Kaskel-Kohlrausch'schen Encyklopädie. Bd. X. 1923.

Mumm: Das Recht der Verlobten. In Bl. f. RA. Bd. 65. S. 160 u. 175.

Neubecker: Lösungen von Familienbeziehungen wegen Tuberkulose. Im Arch. bürgl. R. 31, S. 255 ff.

Neustadt: Kritische Studien zum Familienrecht I. Das Eherecht. Berlin 1900

Oertmann: Allgemeiner Teil des BGB. Berlin 1927.

Opet-v. Blume: Das Familienrecht. Berlin 1906.

Planck: Kommentar zum BGB. Bd. IV. Familienrecht 1, 4. Aufl., 1924.

Rehbein: Das bürgerliche Gesetzbuch Bd. I, Allgem. Teil, Berlin 1899.

Reichel: Unklagbare Ansprüche In Jher. Jahrb. Bd. 59.

v. Scheurl: Noch einige Bemerkungen über das persönliche Eherecht im Entwurf des BGB. Im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 77, S 387 ff.

Schmidt: Familienrecht. In Hölders Kommentar zum BGB. Bd. 10, 1907.

Schloßmann: In Grünh. Z. Bd. 7, S. 569.

Schloßmann: Willenserklärung und Rechtsgeschäft. In der Kieler Festgabe für Hänel. 1907.

Stammler: Die Lehre vom richtigen Recht. Berlin 1902.

Staudinger: Kommentar zum BGB. 9. Aufl.
Bd. I, Allgem. Teil von Loewenfeld und Riezler, 1925.
Bd. IV, Familienrecht von Engelmann-Keidel, 1926.

Stutz: Die Rechtsnatur des Verlöbnisses. Tübingen 1900.

Titze: Das Recht des BGB., Familienrecht. Leipzig bei Göschen 1906.

v. Tuhr: Allgemeiner Teil des BGB. 1914.
Wendt: Unterlassung und Versäumnisse. Im Arch. f. zivil. Prax. Bd. 92, S. 1 ff, insbesondere S. 237 ff.
Windscheid: Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, Frankfurt a/M. 1909.
Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. (Enneccerus-Kipp-Wolff) Bd. II. 2. Familienrecht, 15/17. Aufl. Marburg 1925.
Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft. 1897.

Dissertationen.

Bonn: Die Rechtsnatur des Verlöbnisses. Würzburg 1923.
Brinkmann Westheim: Die Rechtsnatur des Verlöbnisses nach bürgerlichem Recht. Marburg 1911.
Cramer: Das Verlöbnis nach dem BGB. Würzburg 1902.
Donig: Begriff, Voraussetzung und Wirkung des Verlöbnisses nach dem BGB. Berlin 1905.
Dorn: Das Verlöbnis als Rechtsbegriff. Leipzig 1910.
Dreher: Das Verlöbnis Greifswald 1914.
Esser I: Einiges über das Verlöbnis. Erlangen 1903.
Esser II: Die Rechtsnatur des Verlöbnisses. Greifswald 1917.
Frohnhausen: Der Verlöbnisbruch nach dem BGB Leipzig 1906.
Glaser: Die rechtliche Natur des Verlöbnisses nach dem BGB. Halle 1904.
Groeper: Das Verlöbnis des BGB. Rostock 1905.
Jancke: Vertragsrecht und Verlöbnis. Berlin 1909.
Kohs: Der Verlöbnisbruch. Göttingen 1924.
Nathan: Die juristische Konstruktion des Verlöbnisses. Berlin 1902.
Petersen: Begriff, Wesen und Rechtsnatur des Verlöbnisses. Jena 1908.
Sasse: Das Verlöbnis im BGB. Heidelberg 1906.
Schulz: Willensmängel bei Verlöbnissen. Breslau 1914.
Ullrich: Unterfällt das Verlöbnis den allgemeinen Sätzen über Verträge nach § 145 ff. BGB. Jena 1912.
Windecker: Die Rechtsnatur des Verlöbnisses im geltenden deutschen Recht. Frankfurt a/M. 1927.

§ 1. Einleitung.

Das BGB. hat in den §§ 1297—1302 über das Verlöbnis einige Bestimmungen getroffen. Es hat jedoch keine Begriffsbestimmung des Verlöbnisses, so wie es im Geltungsbereich des BGB. verstanden werden soll, aufgestellt. § 1297 bestimmt nur, daß aus dem Verlöbnis nicht auf Eingehung der Ehe geklagt werden kann, und daß das Versprechen einer Strafe für den Fall, daß die Eingehung der Ehe unterbleibt, nichtig ist. Die Redaktoren wie die gesetzgebenden Faktoren haben also bewußt die Begriffsbestimmung des Verlöbnisses der Wissenschaft überlassen. Diese ist nicht zu übereinstimmenden Ergebnissen gelangt. Daß sich eine Einigkeit über die Rechtsnatur des Verlöbnisses trotz häufiger und eingehender Behandlung noch immer nicht hat erzielen lassen, hat seinen Grund in der überaus reichen Durchsetzung des Verlöbnisses mit sittlichen Elementen. Gerade der stark sittliche Einschlag des Verlöbnisses gab Veranlassung zu den mannigfachsten Meinungsverschiedenheiten und Irrtümern.

Es hat sogar nicht an Stimmen gefehlt, die die Frage nach der Rechtsnatur des Verlöbnisses als im Grunde genommen bedeutungslos hinzustellen versuchten. Neustadt[1]) sagt in seinem Eherecht: „Der Gesetzgeber belastet die „Wissenschaft" und provoziert unfruchtbare Erörterungen. Die Ergebnisse stehen in keinem Verhältnis zu dem Aufwand an Kraft, mit der die Erörterungen geführt werden, und zu der Bedeutung, die sie haben, noch weniger zu der Bedeutung, die ihnen beigelegt wird." Man mag über die Art, in der Gesetzbücher anzulegen sind, verschiedener Ansicht sein. Jedenfalls wird sich wohl niemand der Erkenntnis verschließen können, daß eine umfassende Regelung aller nur möglichen, vom Recht erfaßbaren Tatbestände, besonders in Zeiten stetiger Neuerungen, nicht möglich ist. Und gerade am Ende des 19. Jahrhunderts vollzog sich, wie nachher noch darzustellen ist, im Gebiete des Eherechts, vor allem im Verlöbnisrecht, eine starke Wandlung, sodaß man es sehr wohl als berechtigt ansehen kann, wenn das BGB. selbst zu der Rechtsnatur des Verlöbnisses keine Stellung genommen hat. — Hat nun der Gesetzgeber einzelne Institute, wie auch hier das Verlöbnis, einer eingehenden Präzisierung hinsichtlich der rechtlichen Natur, aus welchen Gründen auch

[1]) Neustadt, Eherecht, S. 536, a. E.

immer, nicht gewürdigt, so erscheint es mir als verfehlt, damit die Frage überhaupt als erledigt anzusehen. Vielmehr ist es dann Pflicht der Rechtswissenschaft, diese vom Gesetzgeber ihrer rechtlichen Natur nach nicht näher gekennzeichneten Institute begriffsmäßig zu bestimmen und in das ganze System der Rechtsnormen und Rechtsbegriffe einzuordnen. Den Vorwurf, ein Anhänger der viel bekämpften „Begriffsjurisprudenz" zu sein, wird man mir deswegen nicht machen können. Das hier um so weniger, als unverkennbar von der rechtlichen Konstruktion des Verlöbnisses bedeutende und einschneidende Fragen abhängig sind. Lassen sich doch die Fragen, ob sich ein Minderjähriger auch ohne Genehmigung des gesetzlichen Vertreters wirksam verloben kann, und insbesondere, ob ein minderjähriges, ohne Genehmigung des gesetzlichen Vertreters verlobtes Mädchen, das dem Verlobten die Beiwohnung gestattet hat, Schadensersatz verlangen kann, nur entscheiden, wenn man sich zuvor darüber klar geworden ist, ob das Verlöbnis lediglich ein tatsächliches Verhältnis oder aber ein Rechtsgeschäft, ein Vertrag ist, auf den die allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte Anwendung finden. Damit ist das Interesse an einer Arbeit, die die Rechtsnatur des Verlöbnisses behandelt, entgegen der Ansicht Neustadts erwiesen.

Nun läßt sich allerdings nicht verhehlen, daß die Frage nach der Rechtsnatur des Verlöbnisses bereits in vielen Kommentaren und Lehrbüchern schon oft besprochen worden ist, und daß auch sehr viele Abhandlungen sich hiermit befaßt haben. Man sollte daher meinen, daß die Rechtsnatur des Verlöbnisses genügend geklärt sei, und daß ein Eingehen hierauf sich aus diesem Grunde erübrige. Dem ist aber nicht so. Zwar überwiegt die Zahl derer, die das Verlöbnis für einen Vertrag halten. Jedoch haben sich bis in die neueste Zeit immer wieder Stimmen gefunden, die das Verlöbnis nur für ein rein tatsächliches Gebilde ansehen wollen. Außerdem hält aber das Reichsgericht, das in Zivilsachen auf dem Boden der Vertragstheorie steht, auch heute noch immer daran fest, daß in Strafsachen das Verlöbnis nicht nach vertraglichen Gesichtspunkten zu beurteilen ist. Es ergibt sich hieraus die immerhin merkwürdige Tatsache, daß man zivilrechtlich verlobt, strafrechtlich aber nicht verlobt sein kann, und auch umgekehrt. Neuerdings hat Windecker[2]) diese Ansicht des Reichsgerichts für die Tatsächlichkeitstheorie auszunutzen versucht und ist zu dem Ergebnis gelangt, daß auch in Zivilsachen das Reichsgericht das Verlöbnis nicht nach vertraglichen Gesichtspunkten beurteilen dürfe. Allein dieser Hinweis lehrt, daß immer noch Streitfragen bestehen, und es erscheint mir daher gerechtfertigt, noch einmal in die Behandlung des Problems einzutreten, um womöglich eine endgültige Klärung herbeizuführen.

[2]) Windecker, S. 31 u. 46.

Ich vertrete die Vertragstheorie und halte sie für eine in jeder Hinsicht den allgemeinen Anschauungen und dem Wesen des Verlöbnisses gerecht werdende und in ihren Folgen durchaus billige Lösung der Frage nach der Rechtsnatur des Verlöbnisses. Den Standpunkt des Reichsgerichts in Strafsachen halte ich daher nicht für gerechtfertigt, bin vielmehr der Ansicht, daß die Beurteilung des Verlöbnisses nach vertraglichen Gesichtspunkten auch im Strafrecht zu keinen Schwierigkeiten und Unbilligkeiten führt.

Zunächst will ich jedoch einen Ueberblick über die geschichtliche Entwicklung des Verlöbnisses geben, ohne allerdings mit diesen Ausführungen den Anspruch der Vollständigkeit erheben zu wollen.

§ 2. Ueberblick über die geschichtliche Entwicklung des Verlöbnisses.

In Rom hat die Behandlung des Verlöbnisses im Laufe der Zeiten gewechselt. Ursprünglich war das Verlöbnis ein Verbalkontrakt,[3]) der zwischen dem pater familias und dem Freier geschlossen wurde.[4]) Aus diesem Kontrakt wurde eine Klage ex sponsu gegeben, die jedoch nicht auf Eingehung der Ehe, sondern nur auf Geldentschädigung ging.[5]) Als Zeitpunkt, bis zu welchem diese Form der Verlobung galt, werden allgemein die punischen Kriege angegeben.[6]) In der klassischen Zeit ist mit dem Verschwinden der Manusehe und entsprechend dem Grundsatze: „matrimonia libera esse debent"[7]) auch das Verlöbnisrecht abgeändert worden. Da die Ehe durch nudo consensu geschlossen wurde, legte man auch dem Verlöbnis keine große Bedeutung mehr bei. Eine Klage auf Eheschließung, wie auch auf Schadensersatz war ausgeschlossen. Ebenso die Klage auf Zahlung einer Konventionalstrafe für den Fall des Nichtzustandekommens der Ehe.[8]) Jedoch war das Verlöbnis nicht völlig wirkungslos: durch die Verlobung wurde zwischen den Verlobten ein verwandtschaftsähnliches Verhältnis begründet,[9]) demzufolge z. B. der Mord des Verlobten und seiner Eltern als parricidium angesehen[10]) und der Zwang zur Zeugniserstattung vor Gericht ausgeschlossen wurde.[11]) Das Verlöbnis

[3]) D. 23. 1. 1,2.

[4]) Man kann, da das Verlöbnis heute als ein zwischen Braut und Bräutigam gewechseltes Eheversprechen angesehen wird, hier von einer eigentlichen Verlobung wohl kaum sprechen. Das um so weniger, als die Zustimmung der puella zunächst gar nicht notwendig war. Im germanischen Recht finden wir eine ähnliche Behandlung des Verlöbnisses. Es ist jedoch berechtigt, auch diese Form der Eheanbahnung als Verlobung anzusehen, da sich eben die Anschauungen und Sitten hinsichtlich der Ehevorbereitungen geändert haben.

[5]) Karlowa, II. 1., S. 176.

[6]) Vgl. hierzu die ausführliche Darstellung von Dreher, „Das Verlöbnis, eine historisch-juristische Untersuchung", 1914, S. 25.

[7]) C. 8. 28. 1, 2.

[8]) D. 45. 1. 134 pr.

[9]) D. 38. 10. 8: Servius recte dicebat socri et socus et generi et nurus appellationem etiam ex sponsalibus adquiri.

[10]) D. 48. 9. 4.

[11]) D. 22. 5. 5.

bildete auch ein Ehehindernis insofern, als der Vater nicht die Verlobte des Sohnes, und umgekehrt der Sohn nicht die Verlobte des Vaters heiraten konnte.[12]) Im späteren Recht wurde durch Uebernahme der arrha aus dem hellenistischen Recht den Verlobten gestattet, sich gegenseitig durch Hingabe einer arrha sponsalicia zu sichern.[13]) Die arrha verfiel im Falle des grundlosen Rücktritts. Trotz der im Laufe der Zeit erfolgten Abschwächung der rechtlichen Natur des Verlöbnisses ist das Verlöbnis von den Römern immer als ein Vertrag angesehen worden.

Im germanischen Recht kann, solange die Raubehe die einzige Form der Eheschließung war, von einem Verlöbnis naturgemäß nicht gesprochen werden. Mit dem Entstehen der Kaufehe ist die Verlobung der zwischen dem Muntwalt und dem Bräutigam geschlossene Vertrag, durch den die Braut selbst, später die Munt über sie verkauft wurde. Der Verlober haftet dem Verlobten, daß ihm die Braut rechtzeitig angetraut werde; er kann ihn wegen Vorenthaltung der Braut auf deren Herausgabe verklagen.[14]) Der Bräutigam ist andererseits verpflichtet, die Ehe bis zu einem bestimmten Zeitpunkt einzugehen; der Verlober kann gegen ihn bei fortgesetzter Weigerung auf Acht, später auf Geldstrafe klagen.[15]) Das Verlöbnis wurde also als ein obligatorischer Vertrag behandelt, aus dem sogar auf Eingehung der Ehe geklagt werden konnte. Später setzte sich ein gewisses Selbstbestimmungsrecht der Braut durch: Sie konnte sich selbst verloben und bedurfte nur der Zustimmung des Muntwalts. An Stelle des Kaufpreises trat die Hingabe des Wittums. Die Braut wurde jedoch jetzt mit in die Haftung hineingezogen. Während sie nach früherem Recht einen Verlöbnisbruch überhaupt nicht begehen konnte, da ja nur der Verlober verhaftet war,[16]) wurde jetzt ihr Verlöbnisbruch sogar wie die Tat der Ehebrecherin bestraft. Das Verlöbnis wurde auch in dieser Zeit als ein Vertrag angesehen, nur war es nicht mehr rein schuldrechtlicher Natur, sondern es war auch ein familienrechtliches Verhältnis geworden.

Als sich die Kirche die Ehegerichtsbarkeit errungen hatte, wurde auch das deutsche Verlöbnisrecht durch kirchliche Bestimmungen verdrängt.[17]) Das ältere kanonische Recht unterschied sponsalia de präsenti, die Eheschließung, und sponsalia de futuro, das Verlöbnis. Das Verlöbnisrecht des kanonischen Rechts vereinigte römische wie deutsch-rechtliche Gedanken in sich. Römisch war z. B. der Ausschluß einer Konventionalstrafe und das Institut der arrha sponsalicia. Deutsch-rechtlich war der Gedanke,

[12]) D. 23. 2. 12, 1. ff.
[13]) C. 5. 1. 5. und C. 5. 8. 1.
[14]) Vgl. v. Amira, II. S. 662.
[15]) v. Amira, II., S. 663.
[16]) v. Amira, S. 180.
[17]) Vgl. Wolff, § 3 II.

daß aus dem Verlöbnis auf Eingehung der Ehe geklagt werden konnte. Eine Vollstreckung des Eheschließungsurteils wurde allerdings nicht zugelassen. Ein Zwang zur Eheschließung wurde nur durch Androhung kirchlicher Strafen ausgeübt. Waren selbst diese erfolglos, so blieben nur Schadensersatzansprüche übrig. — Seit dem decretum „ne temere“[18]) kann das Verlöbnis nur noch unter Einhaltung gewisser Formen — schriftlich vor Bischof, Pfarrer oder zwei Zeugen — gültig abgeschlossen werden. Auch der neue codex juris canonici hat das Verlöbnis abgeändert, indem er die Klage auf Eheschließung ausschließt und nur noch Schadensersatzansprüche, die sich aber nach bürgerlichem Recht richten, zuläßt. Auch hier ist festzustellen, daß das Verlöbnis stets als ein Vertrag angesehen wurde.

Luther hat die Unterscheidung sponsalia de futuro und sponsalia de präsenti als dem deutschen Sprachempfinden widersprechend verworfen. Nach seiner Lehre waren sämtliche unbedingten sponsalia Eheschließungen, alle bedingten dagegen Verlobungen. Diese Unterscheidung hat sich lange behauptet und ist erst in neuerer Zeit durch die Ansicht abgelöst, daß das Verlöbnis ein zur Eheschließung verpflichtender Vertrag ist. Die Klage auf Eingehung der Ehe wurde zugelassen, die Zwangstrauung dagegen ausgeschlossen.

Ein Bild völligster Zerrissenheit und Unklarheit über das Verlöbnis geben die staatlichen Gesetze der Neuzeit. Die einen[19]) vertreten ganz alte Rechtsideen und geben aus dem Verlöbnis nicht nur eine Klage auf Eheschließung, sondern lassen sogar eine Zwangskopulierung zu. Nach dem Allgemeinen Landrecht,[20]) sowie nach mecklenburgischem und lübischem Recht wird aus dem Verlöbnis ein klagbarer Anspruch auf Eheschließung begründet. Schon die um die Mitte des vorigen Jahrhunderts entstandenen Gesetze[21]) schließen, neuzeitlichen Gedanken Raum gebend, die Klage auf Eingehung der Ehe aus und geben nur einen Anspruch auf Schadensersatz. Eine dritte Gruppe von Gesetzen geht noch weiter und läßt sogar nicht einmal Schadensersatzansprüche entstehen.[22])

Von Reichs wegen wurde durch die neue Zivilprozeßordnung von 1877 festgesetzt,[23]) daß Klagen auf Eheschließung allgemein die Vollstreckung versagt wurde. Auch wurde die Wirkung des Verlöbnisses insofern noch weiter abgeschwächt, als nach § 39 des

[18]) Jetzt cod. jur. can. 1017.

[19]) So vor allem das gemeine Recht, vgl. Endemann S. 41, das die Eingehung der Ehe durch Gefängnisstrafen und Landesverweisung erzwang.

[20]) ALR. II. 1. §§ 82, 99, 112, 116 in Verbindung mit der allgem. Gerichtsordnung I, 40 §§ 1. 10.

[21]) Sächs. BGB. §§ 1579, 1581: Württemb. Ges. von 1875, Art. 4.; Hess. Ges von 1877, Art. 4.; Weimar. Ges. von 1848, §§ 9, 10.

[22]) Bad. Ges. von 1875, § 13; Brem. Ges. von 1775, § 2.

[23]) §§ 774, Abs. 2 und 779, Abs. 2.

Reichsgesetzes betr. den Personenstand und die Eheschließung das Verlöbnis nicht mehr als aufschiebendes Ehehindernis, wie früher, behandelt wurde. Nunmehr konnte also ein Verlobter auch eine andere Person ehelichen.

Diese Verschiedenheiten im Verlöbnisrecht innerhalb der einzelnen deutschen Staaten bestanden, als man am Ende des vergangenen Jahrhunderts daran ging, dem deutschen Volke ein einheitliches Bürgerliches Gesetzbuch zu schaffen.

§ 3. Die einzelnen Theorien und die Entstehungsgeschichte der §§ 1297 ff. BGB.

Das BGB. gibt selbst keine Begriffsbestimmung, sondern hat diese Frage der Wissenschaft zur Entscheidung überlassen. Von Anfang an ist für das Problem viel Interesse gezeigt worden, ohne daß es bisher zu einer Einigung der verschiedenen Meinungen gekommen wäre. Zwei Hauptansichten stehen sich in schroffem Gegensatz gegenüber. Die einen meinen, das Verlöbnis sei ein Vertrag, die anderen halten das Verlöbnis unter strikter Ablehnung der Vertragsnatur lediglich für ein tatsächliches Verhältnis. Hierbei sind die einzelnen Anhänger der „Vertragstheorie" und der „Tatsächlichkeitstheorie" unter sich wiederum nicht einig. Die Vertreter der Vertragstheorie streiten darüber, ob der Vertrag rein obligatorischer oder rein familienrechtlicher oder gemischt obligatorisch-familienrechtlicher Natur sei. Die Ansichten der Anhänger der Tatsächlichkeitstheorie gehen hinsichtlich der Begründung der Schadensersatzfolgen der §§ 1298 ff. auseinander. Die einen halten die Bestimmungen des Gesetzes lediglich für Billigkeitsvorschriften, andere erklären sie als Deliktsnormen, wieder andere wollen sie infolge einer culpa in contrahendo entstehen lassen.

Von den Anhängern beider Theorien wird nun des öfteren zunächst die Entwicklung, die zur Festlegung der Bestimmungen, wie wir sie jetzt im BGB. finden, als Argument für die Richtigkeit ihrer Ansicht angeführt. Um nachzuweisen, daß keine der Theorien die Materialien für sich in Anspruch nehmen kann, soll kurz die bereits vielfach und ausführlich behandelte Entstehungsgeschichte der Bestimmungen über das Verlöbnis im BGB. wiedergegeben werden. Als Quelle kommen hierfür die Beschlüsse und Beratungen der 1. und 2. Kommission für die Ausarbeitung eines Entwurfs zum BGB. und die Beratungen der Reichstagskommission in Betracht. Der erste Paragraph des Vorentwurfs, der der 1. Kommission zur Beratung vorlag, stellte einwandfrei fest, daß das Verlöbnis ein Vertrag ist.[24]) Diese Definition entsprach den Anschau-

[24]) Protokolle der Kommission für die 1. Lesung des BGB., S. 5829: Der auf die künftige Abschließung einer Ehe gerichtete Vertrag (Verlöbnis) begründet weder einen Anspruch auf Vollziehung der Ehe noch auf Entschädigung wegen Nichterfüllung oder einseitigen Rücktritts vom Verlöbnis. Die Verabredung einer Leistung für den Fall, daß die Ehe nicht zustande kommt, ist nichtig.

ungen, die, wie wir vorhin gesehen haben, im gemeinen Recht in der Mehrzahl von Theorie und Praxis vertreten wurden. Die Klage auf Eingehung der Ehe wurde ausgeschlossen, weil schon nach der Zivilprozeßordnung einem Urteil dieser Art die Zwangsvollstreckung versagt worden war. Keine Billigung fand jedoch die Bestimmung, daß auch aus dem ungerechtfertigten Rücktritt eines Teiles Schadensersatzansprüche nicht entstehen sollten.[25]) Die 1. Kommission hat in einem solchen Falle einen Schadensersatzanspruch für gerechtfertigt erklärt, weil es dem Rechtsbewußtsein des Volkes entspreche und in vielen Fällen aus Rücksicht der Billigkeit geboten sei.[26]) Die Kommission hat aber weiter auch die ausdrückliche Begriffsbestimmung des Verlöbnisses, wie sie der Vorentwurf gab, abgelehnt und im § 1227 bestimmt: „Durch das Verlöbnis wird eine Verbindlichkeit der Verlobten zur Schließung der Ehe nicht begründet" Diese Fassung, nach der das Verlöbnis allerdings nichts weiter als ein rein tatsächlicher Vorgang war, wurde auf das heftigste bekämpft. Man führte gegen sie an, durch eine solche Formulierung könnte in dem Laien der Glaube erweckt werden, daß nicht nur die rechtliche Verpflichtung zum Abschluß der Ehe nicht mehr bestehe, sondern daß sogar die dem Verlöbnis doch sicherlich innewohnenden sittlichen Verpflichtungen ausgeschlossen würden. Eine solche Fassung stehe aber in direktem Widerspruch zu den Anschauungen des Volkes über die Natur des Verlöbnisses. Gierke,[27]) mit Hinschius[28]) einer der Hauptgegner des ersten Entwurfs, vertrat sogar den Standpunkt, daß durch eine derartige Formulierung geradezu zum Verlöbnisbruch herausgefordert würde. — Den Widerstreit der Meinungen über diese Frage geben am klarsten die drei Anträge wieder, die der 2. Kommission zur Beratung vorlagen:

1. Aus dem Verlöbnis findet eine Klage auf Schließung der Ehe nicht statt.
2. Durch das Verlöbnis werden die Verlobten zur Eheschließung verpflichtet.
3. Durch das Verlöbnis wird ein Anspruch auf Schließung der Ehe nicht begründet.

[25]) Denkschrift zum Entwurf eines BGB 1896 S. 176. „Ein solcher Anspruch verträgt sich nicht mit dem sittlichen Wesen der Ehe: er würde doch wieder als Zwangsmittel wirken und die Freiheit der Willensbestimmung bei der Eheschließung beeinträchtigen." Die Protokolle I S. 5832 führen aus: „Der Vorentwurf geht weiter davon aus, daß ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses nur insoweit anzuerkennen sei, als derselbe sich aus den allgemeinen Grundsätzen über den Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen rechtfertigt."

[26]) Prot. I. S. 5835.

[27]) Gierke, Entwurf eines BGB. für das deutsche Reich, Leipzig 1889, S 43.

[28]) Hinschius, im Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 74.

Der Antrag zu 3, der im wesentlichen die Bestimmungen des 1. Entwurfs aufrecht erhalten will, wurde abgelehnt. Zu seiner Begründung war angeführt, daß das Gesetz ein Rechtsgeschäft nicht anerkennen dürfe, wonach die Parteien eine Verpflichtung zur Eheschließung eingingen. Hiermit sei wohl vereinbar, daß gemäß § 1228 Schadensersatzpflichten beim Bruche des Verlöbnisses zugelassen würden. Denn: „Der eigentliche Rechtsgrund dieser Verpflichtung liege aber nicht in dem rechtsgeschäftlichen Charakter des Verlöbnisses, sondern vielmehr darin, daß der Zurücktretende durch den Abschluß des Verlöbnisses bei dem anderen Teil eine Erwartung hervorgerufen und diese Erwartung dadurch getäuscht habe, daß er wegen des Mangels einer ehrlichen Gesinnung zurücktrete."[29]) Diese Auffassung, die zugleich eine Erklärung für die Schadensersatzansprüche gegeben hat, die auch heute immer noch von den Tatsächlichkeitstheoretikern angeführt wird, hat die 2. Kommission nicht angenommen. Die Mehrheit hatte erwogen: „Es sei nicht richtig, den Satz aufzustellen, daß das Verlöbnis unter keinen Umständen ein Rechtsgeschäft sein könne. Tatsächlich werde dasselbe vielfach als ein solches aufgefaßt und behandelt." Man wollte also nicht eine Bestimmung erlassen, die den allgemeinen Auffassungen über die Natur des Verlöbnisses widersprach. Der Antrag zu 2. wurde ebenfalls abgelehnt, da es „gegen die Würde des Rechtes verstoße, ein prozessuales Verfahren und ein Urteil zuzulassen, welchem das Gesetz aus sittlichen Gründen die Vollstreckung versagen müsse." Die 2. Kommission hat sich vielmehr für den ersten Antrag entschlossen, weil er „die prinzipielle Frage, ob durch das Verlöbnis eine Verpflichtung zur Eheschließung begründet werde, **nicht zur gesetzlichen Entscheidung**" bringe, sondern sich lediglich darauf beschränke, eine Klage aus dem Verlöbnis auf Eingehung der Ehe auszuschließen. Wir sehen also, daß die 2. Kommission, wenn sie auch durch die Ablehnung des 2. Antrages dem Verlöbnis nicht jede rechtsgeschäftliche Eigenart hat abstreiten, so doch über diesen Punkt keine Entscheidung hat fällen wollen. Wie kann man sich da zur Begründung irgendeiner Theorie auf die Materialien berufen? — Im Reichstag war man mit dieser neuen Fassung nicht zufrieden. Es wurde der Antrag gestellt: „Das Verlöbnis begründet die Verpflichtung zur Eheschließung; diese Verpflichtung ist jedoch nicht klagbar." Der Regierungsvertreter erklärte hierauf,[30]) daß die sich aus dem Verlöbnis ergebende Verpflichtung nur eine höchst unvollkommene sein könne. Sie sei jedenfalls keine Verpflichtung obligatorischer Natur, sondern nur eine ethische oder soziale, an die sich allerdings unter gewissen Voraussetzungen Rechtsfolgen anschließen. Unter diesen Umständen sei es richtiger, sich auf die Feststellung dieser

[29]) Prot. d. Kom. f. d. 2. Lesung. IV. S. 2.
[30]) Kommissionsbericht S. 135.

Folgen zu beschränken und die Frage, ob von einer rechtlichen Verpflichtung gesprochen werden könne, der Wissenschaft zu überlassen.

Die Fassung des 2. Entwurfs ist dann mit einer rein redaktionellen Aenderung Gesetz geworden, ohne daß also die Rechtsnatur des Verlöbnisses geklärt worden wäre. — Von dieser Seite aus ergibt sich also keine Lösung der Frage. Es muß vielmehr folgerichtig vorgegangen und im einzelnen festgestellt werden, in welcher Hinsicht das Verlöbnis als ein Vertrag oder nur als ein tatsächlicher Vorgang angesehen werden muß. Und zwar soll der Gang der Untersuchung der sein, daß zunächst das Verlöbnis auf seine Rechtsgeschäftsnatur hin untersucht wird. Denn von der Entscheidung dieser Frage hängt es ab, ob man das Verlöbnis überhaupt noch als einen rein tatsächlichen Vorgang ansehen kann. Die Anhänger der Tatsächlichkeitstheorie betonen selbst immer wieder, daß das Verlöbnis ein tatsächlicher Vorgang sein müsse, **weil** es kein Rechtsgeschäft sei. Die Tatsächlichkeitstheorien sind daher sekundärer Natur und sollen demgemäß auch erst an zweiter Stelle behandelt werden.

A. Die Rechtsnatur des Verlöbnisses.

§ 4. Der Begriff des Rechtsgeschäfts.

Inwiefern ist nun das Verlöbnis als ein Rechtsgeschäft anzusehen? Um diese Frage beantworten zu können, müssen wir uns erst darüber schlüssig werden, was denn überhaupt ein Rechtsgeschäft ist. Im Gesetz finden wir auch hierfür keine Lösung, die Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäfts ist ebenfalls der Wissenschaft überlassen. Diese Frage ist eine der grundlegendsten Materien des gesamten Rechts, die schon von jeher Gegenstand lebhafter Auseinandersetzungen gewesen ist. Naturgemäß ist auch die Zahl der Meinungen groß. Ohne weiteres läßt sich diese Frage nicht lösen. Es muß vielmehr erst das System dargelegt werden, in welches sich das Rechtsgeschäft als Glied einreiht, d. i. das System der juristischen Handlungen. Unmöglich aber kann im Rahmen dieser Arbeit eine lückenlose Abhandlung über das gesamte System gegeben und zu sämtlichen Theorien über das Rechtsgeschäft und die Willenserklärung Stellung genommen werden. Es sollen daher nur die Punkte erörtert werden, die zur Beantwortung unserer Frage notwendig sind.

In dem System der juristischen Handlungen, das sind solche Handlungen, die nach den Vorschriften der Rechtsordnung recht-

liche Wirkungen haben,[31]) werden von der Mehrzahl der Wissenschaftler neben die Delikte, die hier ohne weiteres Interesse sind, als rechtmäßige Handlungen die Rechtsgeschäfte und die Rechtshandlungen im engeren Sinne gestellt. Unter Rechtsgeschäft werden dabei solche Handlungen verstanden, bei denen der menschliche, auf einen **Erfolg** gerichtete Wille ein ausschlaggebendes Moment bildet, der durch ein äußeres Verhalten zum Ausdruck gelangt ist; während Rechtshandlungen im engeren Sinne alle diejenigen juristischen Handlungen umfassen, bei denen ein solcher Erfolgswille unmaßgeblich oder gar nicht vorhanden ist. Es sind das solche Handlungen, die rein ex lege eintretende Wirkungen hervorrufen, ohne daß ein hierauf gerichteter Wille von der Rechtsordnung vorgeschrieben wäre.

Eine andere Unterscheidung der juristischen Handlungen in ihre Hauptarten ist die Einteilung in Willens-, Vorstellungs- und Gefühlsäußerungen. Diese Einteilung ist jedoch wenig empfehlenswert und auch vereinzelt geblieben.[32]) Mit Recht macht Enneccerus[33]) hiergegen geltend, daß z. B. unter die Kategorie der Willensäußerungen bei derartiger Einteilung das Allerverschiedenste fallen würde, z. B. kaufen, komponieren. Diese Einteilung ist daher, da sie einen klaren Ueberblick über die juristischen Handlungen nicht ermöglicht und eine gleichartige Behandlung der in ihr vereinigten Handlungen nicht zuläßt, abzulehnen.

Enneccerus[34]) wendet sich vor allem gegen die Einteilung in Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen i. e. Sinne. „Denn dieser Begriff der Rechtshandlungen hätte nur eine sehr geringe terminologische Bedeutung (gemeinsamer Ausdruck für alles, was erlaubte juristische Handlung ist, ohne Willenserklärung zu sein), systematisch ist er aber wertlos, da er so Verschiedenes (mahnen, komponieren, eine fremde Sache vernichten, um größeren Schaden abzuwenden) und vom Rechte so durchgreifend verschieden Behandeltes umfassen würde, daß Rechtsvorschriften, die diesem ganzen Gebiet eigentümlich wären, kaum möglich erscheinen." Diese Bedenken, die auch schon von anderer Seite geltend

[31]) Aus dem Gebiet der juristischen Handlungen scheiden daher diejenigen Tatbestände aus, bei denen der Rechtserfolg nicht an die Handlung selbst, sondern an ihre tatsächliche Wirkung geknüpft wird, und zwar ganz gleichgültig, in welcher Weise und von wem die Wirkung hervorgerufen wird. Verbindung (§§ 946, 947) Vermischung und Vermengung § 948 z. B. sind keine juristische Handlungen, selbst dann nicht, wenn sie durch eine menschliche Handlung verursacht sind; denn der Eigentumserwerb tritt hierbei auch dann ein, wenn die Verbindung. usw. durch Naturereignisse herbeigeführt wird. Vgl. hierzu Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 635.

[32]) Neuerdings hat sie v. Tuhr in der Kaskel-Kohlrausch'schen Encyklopädie, Bd. 7, wieder empfohlen. In seinem Allgem. Teil des BGB. im Bindingschen Handbuch 1914 bis 1918 hat er sich noch fast unbeschränkt dem zuerst entwickelten System angeschlossen.

[33]) Enneccerus, § 128. III.

[34]) Enneccerus, § 128, III.

gemacht worden sind, hat m. E. Manigk[35]) zutreffend entkräftig. Der Begriff der Rechtshandlungen i. e. Sinne hat insofern Bedeutung, als er, den Rechtsgeschäften gegenübergestellt, diejenigen Handlungen umfaßt, deren Wirkungen rein ex lege eintreten. Daß unter die Rechtshandlungen die verschiedensten Formen von jur. Handlungen fallen, die einer gleichartigen rechtlichen Behandlung nicht fähig sind, hindert noch nicht, einen Oberbegriff aufzustellen, der das Merkmal hat, daß er eben kein Rechtsgeschäft ist. Insofern ist allerdings seine Qualität rein negativ. Seitdem man sich zufolge Manigk's „Willenserklärung und Willensgeschäft" gewöhnt hat, neben die Willenserklärungen die Willensgeschäfte zu stellen, besteht ja auch der Begriff Rechtsgeschäft aus verschiedenartigen Bestandteilen.[36]), [37])

Wir tun also gut daran, diese alte Haupteinteilung in Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen i. e. Sinne beizubehalten. Die Rechtshandlungen i. e. Sinne sind dann wiederum in der verschiedensten Weise eingeteilt worden. Am meisten eingebürgert hat sich jetzt das von Manigk[38]) gegebene System. Er unterscheidet:

1. Rein äußere Handlungen (Spezifikation, Fruchterwerb, Fund u. a.).
2. Mit besonderen inneren Tatsachen verknüpfte Handlungen, und zwar
   a) Fälle, in denen neben der äußeren gesetzlich fixierten Handlung selbständig eine innere Tatsache verlangt wird (Wohnsitzbegründung, Geschäftsführung),
   b) Handlungen, die sich lediglich als Perfektion einer auf ein äußeres Verhalten hinzielenden erheblichen inneren Tatsache (Gesinnung, Ueberzeugung, Wollen) darstellen, bei denen also gesetzlich der Handlungsakt nicht fixiert wird (Verzeihung, Zustimmung im Falle von § 1565, Anerkennung der unehelichen Vaterschaft).

---

[35]) Manigk, Willenserklärung, S. 644 ff.

[36]) Vgl. hierüber unten S. 18.

[37]) Enneccerus selbst bringt dann aber doch die Einteilung in Willenserklärungen, geschäftliche Handlungen oder Rechtshandlungen i. e. Sinne, unter denen er geschäftsähnliche Willensäußerungen und geschäftsähnliche Mitteilungen unterscheidet, und drittens die Realakte. Diesen drei Gruppen stellt er dann noch die unerlaubten Handlungen und die schuldlosen zum Schadensersatz verpflichtenden Handlungen gegenüber. Es scheint ihm also bei der Bekämpfung der Aufstellung des Begriffs Rechtshandlungen i. e. Sinne mehr darum zu tun zu sein, nachzuweisen, daß mit der Schaffung des Begriffes noch nichts gewonnen ist, daß vielmehr noch eine weitere Unterteilung vorgenommen werden müsse. Insoweit können wir ihm Recht geben, ohne seiner Einteilung zu folgen, die nicht so übersichtlich ist, wie die von Mannigk gegebene.

[38]) Manigk, „Willenserklärung usw." S. 652 u. „Rechtshandlungen" im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft.

3. Mitteilungen
   a) von Vorstellungen, Urteilen oder Ueberzeugungen (Vorstellungsmitteilungen)
      α) von Vorstellungen oder Urteilen über äußere Geschehnisse und Tatsachen, die auch unwirklich sein können (Behauptungen, Kundgebungen, Anzeigen, Mitteilungen), Kundgebung der Unzufriedenheit z. B. bei der Mängelrüge,
      β) von Ueberzeugungen (Anerkennung in den §§ 208, 1170),
   b) von einem Wollen (Willensmitteilungen): Mahnung, Aufforderung, Erbieten, Androhung, Beanstandung, Widerspruch u. a.

Inwieweit die Vorschriften über Rechtsgeschäfte, insbesondere Willenserklärungen, auf die eine oder andere Gruppe entsprechend anzuwenden sind, soll hier nicht untersucht werden.

Nachdem wir das System festgestellt haben, in das alle juristischen Handlungen einzuordnen sind, können wir dazu übergehen, uns im einzelnen mit dem Rechtsgeschäft zu beschäftigen, seine Merkmale festzustellen. Als Ausgangspunkt soll die Definition genommen werden, die die herrschende Lehre gibt:

> Rechtsgeschäft ist eine Privatwillensäußerung, die auf die Hervorbringung rechtlicher Folgen gerichtet ist, die deshalb nach der Rechtsordnung eintreten, weil sie von den Parteien gewollt sind.

Im Anschluß an diese Definition sollen die einzelnen hier interessierenden Streitfragen untersucht werden.

Erforderlich ist nach der herrschenden Lehre für ein Rechtsgeschäft dreierlei: 1. eine Willensäußerung, 2. daß diese auf Hervorbringung rechtlicher Folgen gerichtet ist und 3. der Eintritt dieser Rechtsfolgen nach der Rechtsordnung zufolge des Willens der Parteien.

Der erste Punkt bereitet keine Schwierigkeiten. Nicht besonders erwähnt zu werden braucht, daß Willensäußerung mit Rechtsgeschäft nicht identisch ist, wie von einigen Schriftstellern angenommen wurde.[39]) Denn nicht jede Willenserklärung ist ein selbständiges Rechtsgeschäft. Es müssen unter Umständen noch weitere Willenserklärungen oder andere Tatsachen hinzukommen.[40]) — Unerheblich ist für unsere Frage auch der Streit, ob als Willens-

[39]) So Windscheid, § 69 Nr. 1., Eck, S. 116, Rehbein, S. 111. Diese im gemeinen Recht als herrschend anzusehende Meinung ist heute durchweg aufgegeben.

[40]) Vgl. z. B. die Ehe, bei der sowohl zwei Willensäußerungen der Parteien als auch außerdem die Mitwirkung des Standesbeamten zum gültigen Abschluß des Rechtsgeschäfts notwendig ist.

äußerung nur die Willenserklärung anzusehen, oder ob ihnen als eine zweite, aus den Willenserklärungen ausgeschiedene Gruppe noch die Willensgeschäfte gegenüberzustellen sind.[41]) Bei den ersten wird der Wille durch ein Verhalten geäußert, das den Zweck verfolgt, einen auf Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichteten Willen kundzugeben, während bei den Willensgeschäften der Wille unmittelbar auf seine Verwirklichung gerichtet ist, ohne einen Kundgebungszweck zu verfolgen. Da aber bei dem Verlöbnis, wenn überhaupt rechtsgeschäftliche Willensäußerungen, so offensichtlich Willenserklärungen vorliegen, brauchen wir uns auf diese Streitfrage nicht näher einzulassen.[42])

Zum Begriff der Willenserklärung und somit auch des Rechtsgeschäfts ist weiterhin erforderlich, daß der Wille auf die Hervorbringung rechtlicher Folgen gerichtet ist. Hierüber bestanden schon im gemeinen Recht die heftigsten Meinungsverschiedenheiten, die auch im neuen Recht nicht zur Ruhe gekommen sind, wenn auch in letzter Zeit sich eine teilweise Einigung der Meinungen verzeichnen läßt. Es handelt sich hierbei um die Frage, in welcher Weise sich der Wille außer auf die Erklärung selbst noch auf die rechtlichen Folgen richten muß, d. h. inwieweit neben dem Erklärungswillen auch noch ein Geschäftswille notwendig ist. Als Extreme sind zu nennen einerseits die reine Erklärungstheorie, die nur einen auf die reine Erklärung gerichteten Willen verlangt, und im Gegensatz dazu die Willenstheorie, die neben diesem Willen auch einen auf die Hervorbringung von Folgen gerichteten Willen verlangt. Bei der Willenstheorie ist es dann wiederum streitig, ob die Absicht sich nur auf den **wirtschaftlichen** Erfolg zu beziehen braucht, oder ob sie direkt auf die im Gesetz vorgesehenen Folgen gerichtet sein muß. Daß diese Fragen die bedeutsamsten in der ganzen Lehre vom Rechtsgeschäft und der Willenserklärung sind, dürfte kaum bestritten werden. Ist doch mit ihr, worauf Manigk schon hingewiesen hat, aufs engste die weitere Frage verbunden, was denn eigentlich beim Rechtsgeschäft den Ausschlag gebe, der Wille der Parteien oder die Bestimmung des Gesetzes.[42a])

[41]) Diese zuerst von Manigk gegebene Unterscheidung hat sich, wenn auch nicht durchweg, so doch in steigendem Maße ihre Berechtigung und Anerkennung in der Rechtswissenschaft erkämpft. Manigk haben sich angeschlossen Brodmann, S. 10; Hellmann, Vorträge S. 60; Wendt, Arch. f. d. ziv. Prax. 92. 239.; Planck, Vorbemerkung. § 116 Ziff. 3; v. Tuhr, II. S. 404, 408; H. Lehmann, S 73; Staudinger, Einleitung zu § 104, II, 3, c.

[42]) Ohne Interesse ist auch die hiermit zusammenhängende Frage der Empfangsbedürftigkeit und weiterhin der Unterschied zwischen den sog. ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärungen. Vgl. hierzu Manigk, „Willenserklärung", S. 214 ff. und 295 ff.

[42a]) Vgl. zu dieser Frage Manigk, Rechtswirkung im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, insbesondere zu 5 u. 6.

Mit anderen Worten, es geht hierbei um die Daseinsberechtigung des Begriffes Rechtsgeschäft. Denn wenn man der Willenserklärung und damit dem Rechtsgeschäft einen besonderen Erfolgswillen als notwendiges Wesenserfordernis abspricht, so fällt die Unterscheidung zusammen, die wir oben bei Darlegung des Systems der juristischen Handlungen gegeben haben. Danach war ja gerade der Erfolgswille dasjenige Moment, durch das sich das Rechtsgeschäft von den bloßen Rechtshandlungen i. e. Sinne unterschied, bei denen ein Erfolgswille nicht notwendig ist, der Rechtserfolg vielmehr rein ex lege eintritt.[43]) Diese Schlußfolgerung der Erklärungstheorie ist jedoch nicht richtig; denn es kann nicht bestritten werden, daß alle Rechtsfolgen nur eintreten können, soweit die Rechtsordnung es gestattet. Die Rechtsordnung ist aber insofern nur die mittelbare Ursache der Rechtsfolgen, als sie die Rechtsfolgen immer nur an einen bestimmten Tatbestand anschließen kann, dessen Herbeiführung wiederum von dem Willen der Parteien abhängig ist. Die Parteien haben es weiter auch in der Hand, nicht nur zu bestimmen, ob ein bestimmter Rechtserfolg eintritt, sondern auch in welchem Umfange. „Sie (die Rechtsordnung) gewährt die Wirksamkeit einer Willenserklärung als juristische Tatsache und gibt eben dadurch, daß die Subjekte die Verwirklichung dieser hierin eigenartigen Tatsache und ihrer inhaltlichen Gestaltung in hohem Grade in ihrer Hand haben, der Willenserklärung und insofern mittelbar dem Willen die rechtserzeugende Kraft. Die Zentralgewalt übertrug in bestimmten Grenzen eine Art Autonomie den Einzelsubjekten."[44]) Schon hieraus ergibt sich also, daß der Wille bei der Willenserklärung und dem Rechtsgeschäft ein unterscheidendes Merkmal bedeutet, so daß die Heraushebung des Rechtsgeschäfts aus dem Rahmen der juristischen Handlungen i. e. Sinne seine Berechtigung hat. — Der weitere Streit zwischen Erklärungs- und Willenstheorie gipfelt im Grunde genommen in der Frage, in welcher Weise der Wille bei der Divergenz von Wille und Erklärung beachtlich ist. Mit nichten können die Anhänger der Erklärungstheorie aus dem § 116 schließen, daß der Geschäftswille überhaupt im Gesetz als unbeacht-

[43]) Dertmann Allgem. Teil, Vorbem. § 104, 3, hält diese Streitfrage für wenig fruchtbar und meint, daß sie auch nicht zu einer Entscheidung über das Problem der Bedeutsamkeit des Parteiwillens für den Rechtserfolg führe. „Denn auch wenn der Geltungsgrund für den Rechtserfolg im Willen des Gesetzes zu finden wäre, bliebe es doch immer möglich, daß das Gesetz in den Tatbestand, an den es den Erfolg geknüpft sehen will, auch den vorhandenen Geschäftswillen der Partei als wesentliches Moment mit einbezöge." Diese Ausführungen sind insofern unrichtig, als ja gerade von den Anhängern der Erklärungstheorie ein Geschäftswille überhaupt negiert wird. Dertmann kann daher die Frage nicht in der Weise abschneiden, daß er mit einer Möglichkeit rechnet, die die Erklärungstheoretiker direkt ablehnen. Die Frage hat also doch sehr wohl Bedeutung für das Problem der Bedeutsamkeit des Parteiwillens.

[44]) Manigk, Irrtum S. 42, ebenso Dertmann, S. 318, Zitelmann, Irrtum S. 278, Henle, S. 342, v. Tuhr II, S. 146.

lich angesehen ist. Selbst die Willenstheoretiker gehen ja von dem Grundsatz aus, daß die Rechtswirkung an die Erklärung des Willens geknüpft wird, nur muß die Erklärung von einem entsprechenden Willen getragen sein, um voll zu wirken.[45]) Daß bei § 116 gerade ein atypischer Fall vorliegt, aus dem als Ausnahmefall nicht gegen die Bedeutsamkeit des Parteiwillens geschlossen werden kann, dürfte eigentlich von keinem bestritten werden. Aus den §§ 117 ff. ergibt sich dann weiter gerade, daß der Wille unter gewissen Umständen, die seinen Schutz notwendig erscheinen lassen, trotz der Divergenz mit der Erklärung als beachtlich anzusehen ist.[46]) Ein weiteres Eingehen auf diese Streitfrage erübrigt sich, da die Einzelheiten hier nicht interessieren.

Zu prüfen ist nur noch die Controverse innerhalb der Willenstheorie, ob der Wille auf Hervorbringung rechtlicher oder nur wirtschaftlicher Folgen gerichtet sein muß.[47]), [48]) Zunächst ist soviel richtig, daß die Parteien sich wohl nicht immer sämtlicher Folgen bewußt sind, die die Rechtsordnung gerade an ihr augenblickliches Tun knüpft. Der Schneider wird daran denken, daß er sein Geld bekommt, und der Besteller wird dafür sorgen, seinen Anzug zu erhalten. Das sind allerdings, oberflächlich gesehen, rein wirtschaftliche Momente, die die Parteien im Auge haben. Ueberlegt man aber dabei, daß jede Partei sich wohl bewußt ist, dazu verpflichtet zu sein, den Vertrag zur Erfüllung und glatten Abwicklung zu bringen, daß auch bei evtl. Fehlern des Anzugs der Schneider **verpflichtet** ist, den Anzug zurückzunehmen oder abzuändern, dann kann es kaum noch zweifelhaft erscheinen, daß die Parteien nicht nur die wirtschaftlichen Folgen erstrebten, sondern auch die rechtlichen. Eine derartige Unterscheidung muß überhaupt unfruchtbar sein; denn bei der engen Verwobenheit rechtlicher und wirtschaftlicher Folgen kann die Partei nicht das eine oder das andere bezwecken, wenn nicht durch ausdrückliche Abreden der rechtliche Zwang ausgeschlossen und somit die Handlung der Rechtsordnung

[45]) Manigk, Irrtum S. 44.

[46]) Hiermit stelle ich mich auf den Boden der sog. relativen Willenstheorie. Vgl. Manigk, Irrtum S. 62.

[47]) Lenel, Iher. Jahrb. 19, 154, Schloßmann, Grünhuts Z. 7. 569, Danz, S. 8.

[48]) Im übrigen ist dieser Streit nicht ein rein willenstheoretischer, vielmehr wird gerade in der Hauptsache von den Erklärungstheoretikern behauptet, der Wille der Parteien sei auf wirtschaftliche Folgen gerichtet, die Rechtsfolgen träten nur ein, weil die Rechtsordnung sie wolle. Der letzte Punkt ist bereits oben widerlegt. An der sog. Privatautonomie der Einzelsubjekte ist festzuhalten. Diese kann auch nicht durch die Feststellung abgeleugnet werden, daß der Wille gar nicht auf Herbeiführung rechtlicher, sondern nur wirtschaftlicher Folgen gerichtet ist. Denn der Wille der Parteien bezieht sich, wie in folgendem darzustellen ist, auf Rechtsfolgen.

entzogen ist.[49]) Es wird ja auch gar nicht verlangt, daß die Parteien alle nur irgend möglichen Rechtsfolgen in ihr Bewußtsein aufgenommen haben. Es genügt vielmehr, wenn sie die wesentlichen vom Gesetz vorgesehenen Folgen beabsichtigt und sich ihrer rechtlichen Natur bewußt geworden sind.[50]) Das kann man aber bei jedem, auch dem Nichtjuristen, annehmen.

Als letztes Erfordernis des Rechtsgeschäfts bleibt der Punkt übrig, daß die Rechtsfolgen nach der Rechtsordnung deswegen eintreten, weil sie von den Parteien gewollt sind. Hierbei liegt, wie bereits oben dargelegt, die Auffassung zugrunde, daß Ursache des Eintritts der Rechtsfolgen nicht die Rechtsordnung, sondern der Parteiwille ist. Die Rechtsordnung hat dem Willen der Partei die Möglichkeit überlassen, die Verhältnisse selbst zu regeln, zu bestimmen, ob und in welcher Weise die Rechtsfolgen eintreten sollen. Hierin liegt der Unterschied zwischen Rechtsgeschäft und Rechtshandlung im e. Sinne, indem bei dem letzteren die Rechtsfolgen ohne Rücksicht auf den Willen der Parteien rein auf Grund des Gesetzes eintreten.

Damit sind die Voraussetzungen und das Wesen eines Rechtsgeschäfts in dem hier interessierenden Sinne festgelegt. Verträge sind solche Rechtsgeschäfte, bei denen zwei oder mehr Parteien mitwirken. Daß Verträge nicht nur im Gebiet des Rechts der Schuldverhältnisse, sondern auch im Sachenrecht, Familienrecht und Erbrecht vorzufinden sind, ist heute nicht mehr bestritten und bedarf daher keiner weiteren Erörterung. Wir können jetzt also dazu übergehen, an Hand dieser Erörterungen nachzuprüfen, ob das Verlöbnis ein Rechtsgeschäft, ein Vertrag, ist.

[49]) Gerade bei der gegenteiligen Anschauung zeigt sich, z. B. bei Schloßmann, a. a. O. S. 570, m. E. ein mangelndes Verständnis für die Bedeutung des Rechts. Er sagt: „Wer denkt denn bei den tausend Geschäften des täglichen Lebens an Recht und Richter, wer führt sich dabei immer nur vor Augen, daß er Rechtsgeschäfte schließt? Wer das tut, der könnte nur entweder ein ganz eingefleischter Jurist sein, der alle Dinge nur einseitig durch seine juristische Brille zu sehen sich gewöhnt hat, oder er wäre eine Art juristischer Hypochonder, vergleichbar dem, der bei jedem Tropfen, den er trinkt, und bei jedem Bissen, den er ißt, an alle etwaigen körperlichen Beschwerden und Krankheiten dächte, die ihm daraus entstehen könnten; eine allgemeine Verbreitung solcher Denkweise könnte nur ein Symptom abnormer wirtschaftlicher und Rechtszustände sein." Mit nichten verhält es sich so, wie Schloßmann denkt. Nach seinen Ausführungen muß man in der Tat annehmen, daß er das Recht als eine völlig außerhalb des wirtschaftlichen und menschlichen Lebens stehende Einrichtung ansieht, während doch in Wahrheit das Recht nicht etwas „Gemachtes", sondern natürlich entstandene Sätze sind, durch die das Leben innerhalb der Gesellschaft geregelt werden soll. Natürlich kaufe ich mir keinen Pelz, um mir eine actio emti zu verschaffen, wie Schloßmann den Anhängern dieser Anschauung vorwerfen zu können glaubt. Aber selbst wenn ich ihn mir selbst nur deswegen kaufe, weil es kalt ist, so weiß ich doch genau, und ich würde es auch wissen, wenn ich kein Jurist wäre, daß ich einen Anspruch auf Lieferung des Pelzes habe, daß der Kürschner verpflichtet ist, mir den Pelz zu liefern. Wer so denkt, ist noch kein Hypochonder, sondern sieht das Recht als einen wesentlichen und natürlichen Bestandteil des täglichen Geschehens und Lebens an.

[50]) Vgl. hierzu Dertmann, Vorbem. 3. c. vor § 116.

§ 5. Das Verlöbnis als Rechtsgeschäft.

Zu unterscheiden ist zunächst beim Verlöbnis, worauf Stutz[51]) als erster hingewiesen hat, die Verlobungshandlung als solche, die ich der Kürze halber Verlobung nennen will, und der durch die Verlobung hervorgerufene Zustand, der Brautstand.

Wir haben gesehen, daß das Rechtsgeschäft sich von anderen Rechtshandlungen dadurch unterscheidet, daß die Rechtsfolgen kraft eines gerade hierauf gerichteten Erfolgwillens hervorgebracht werden. Das Verlöbnis ist also ein Rechtsgeschäft, wenn die Parteien ihren Willen auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen richten, die nach der Rechtsordnung gerade deswegen eintreten, weil sie von den Parteien gewollt sind.

Als erstes ist nicht zu bestreiten, daß bei der Verlobung von den Parteien ein Wille geäußert wird. Ob diese Willensäußerungen als rechtsgeschäftliche anzusehen sind, hängt davon ab, ob die von den Parteien erstrebten Folgen Rechtsfolgen sind, und als solche erstrebt werden. Von den Anhängern der Tatsächlichkeitstheorie[52]) wird nun geltend gemacht, daß das Verlöbnis zwar Rechtsfolgen zeitige, nämlich den Brautstand, daß aber hierauf gerade der Wille der Parteien nicht gerichtet sei. Die Parteien bezweckten mit der Verlobung die Herbeiführung der zukünftigen Ehe; das sei aber keine Rechtsfolge, sondern ein rein tatsächliches Versprechen. In dieser Ansicht sind sämtliche Streitpunkte enthalten: Ist der Wille auf den künftigen Eheabschluß gerichtet oder auf die Herbeiführung des Brautstandes oder auf beides, ist eine Rechtsfolge des Verlöbnisses nur der Brautstand oder nur das Eheversprechen oder beides? Es ergeben sich somit folgende Möglichkeiten:

1. Das Eheversprechen ist eine Rechtsfolge und der Wille ist hierauf gerichtet,
2. Der Brautstand ist eine Rechtsfolge, und die Parteien bezwecken mit der Verlobung seine Herbeiführung,
3. Beides sind Rechtsfolgen, und der Wille ist auf Herbeiführung beider gerichtet.

Kommen wir bei der Untersuchung zu dem Ergebnis, daß einer der Fälle vorliegt, so ist der Nachweis erbracht, daß das Verlöbnis ein Rechtsgeschäft ist. Ehe ich jedoch untersuche, worauf der Wille der Parteien gerichtet ist, will ich prüfen, ob das Eheversprechen oder der Brautstand als Rechtsfolge anzusehen ist.

§ 6. Die Pflicht zur Eingehung der Ehe.

Von den Anhängern der Vertragstheorie wird nun in der Tat die Pflicht zur Eingehung der Ehe als eine Rechtspflicht, als eine

[51]) Stutz, S. 40.
[52]) So z. B. Eltzbacher, S. 181.

Rechtsfolge des Verlöbnisses angesehen. Wie wir bereits oben gesehen haben, hat das Gesetz mit Bewußtsein eine Bestimmung darüber, ob die Folgen des Verlöbnisses, insbesondere die Verpflichtung zur Eingehung der Ehe als eine Rechtspflicht anzusehen ist, nicht getroffen. Die Untersuchung kann daher nur in der Weise stattfinden, daß aus den gesetzlichen Bestimmungen und aus dem Wesen des Verlöbnisses heraus die Frage, ob die Pflicht zur Eingehung der Ehe eine Rechtspflicht ist, beantwortet werden kann.

Gern wird von den Anhängern der Vertragstheorie[53]) an die Spitze ihrer Erörterungen der Satz gestellt: „Die Präsumtion spricht für die Vertragsnatur des Verlöbnisses." Sie ziehen als Stütze dieses Satzes die historische Entwicklung des Verlöbnisses aus römischem, deutschem, kanonischem Recht und aus den Partikulargesetzen heran, und meinen dann, allein aus dem Umstande, daß das Verlöbnis Jahrtausende hindurch als Vertrag angesehen worden sei, ergebe sich, daß ein Brechen mit diesen Rechtsanschauungen von den Anhängern der Tatsächlichkeitstheorie besonders dargetan werden müsse. Diese Ausführungen sehen danach aus, als sollte die „Beweislast" auf die Tatsächlichkeitstheoretiker abgeschoben werden, während doch mit solchen Argumenten noch nichts gewonnen ist. Selbst wenn das Verlöbnis von jeher als ein Vertrag angesehen worden ist, bleibt doch die Möglichkeit, daß die Volksanschauung mit diesem Grundsatze gebrochen und im Gesetz einen entsprechenden Niederschlag gefunden hat.

Von den Anhängern der Tatsächlichkeitstheorie wird gegen die Rechtspflicht des Eheversprechen und damit gegen die Vertragsnatur des Verlöbnisses vor allem geltend gemacht, dieses Eheversprechen sei rein sittlicher oder moralischer Natur. „Sich verloben heißt, sich durch Erklärungen moralisch zur Eingehung der Ehe verpflichten."[54]) Eine Erklärung dafür, daß das Eheversprechen rein moralischer oder sittlicher Natur ist, wird aber nirgends gegeben.[55]) Nun muß zugegeben werden, und das ist auch wohl noch von niemand bestritten worden, daß das Verlöbnis einen stark sittlichen Einschlag hat, daß vielleicht sogar das Sittliche das Ausschlaggebende bei diesem Institut ist; das erklärt sich aus der Natur des Verlöbnisses als einem familienrechtlichen Vorgang. Es ist aber nicht verständlich, warum das Verlöbnis deswegen, weil es auf sittlicher Grundlage aufgebaut ist, nur sittliche Elemente

[53]) Z. B. Ullrich, S. 23, und viele andere Vertragstheoretiker.

[54]) So Henle, Nichtehe, S. 24. Anm. 1. Insbesondere ist diese Meinung auch bei denen zu finden, die das Verlöbnis als ein Sozialverhältnis ansehen, z. B. Dreher, S. 104 ff., Windecker, S. 79, Titze, S. 19.

[55]) Henle versucht es nur damit zu erklären, daß die Verlobten im Augenblicke des Versprechens wohl nicht an die rechtliche Seite denken. Es handelt sich hierbei aber um die Frage, ob die Parteien das Eheversprechen als eine Rechtspflicht ansehen wollen, ob sie sich rechtlich verpflichten wollen. Vgl. hierzu unten S. 40 f.

in sich schließen soll. Es wird weiter so argumentiert, daß das Verlöbnis ein viel zu delikates Institut sei, als daß es vom Rechte erfaßt und seine Pflichten als Rechtspflichten angesehen werden könnten. „Die Eheschließung ist keine Leistung, das Verlöbnis ist kein Geschäft."[56]) Sämtliche Ansichten, die die Pflicht zur Eingehung der Ehe wegen ihres rein sittlichen Gehalts lediglich als eine moralische Verpflichtung und deswegen nicht als eine Rechtspflicht ansehen wollen, sind unrichtig.

Es handelt sich hierbei um die rechtsphilosophische Frage, in welchem Verhältnis Sittlichkeit und Recht zueinander stehen, welchen Umständen das Recht seine Entstehung verdankt, und welche Bedeutung es im menschlichen Leben hat. Abzulehnen wäre von vornherein die Auffassung, die, soviel ich sehe, auch bisher von niemandem in dieser Schärfe ausgesprochen worden ist, daß Recht und Sittlichkeit in einem unüberbrückbaren Widerspruch als Antipoden gegenüberstehen. Ein gewisser Zusammenhang wird von allen, teils bewußt, teils unbewußt anerkannt. — Weitverbreitet ist die Ansicht, daß Recht und Sittlichkeit, wenngleich sie gewisse Beziehungen zueinander hätten, so doch in verschiedenen Ebenen lägen. Denn das Recht setze sich durch kraft des ihm beigelegten Zwanges, ohne Rücksicht darauf, welche sittliche Gesinnung der einzelne dabei habe, die Sittlichkeit dagegen appelliere einzig und allein an die Gesinnung und verfüge über keine Zwangsmittel. Max Ernst Mayer[57]) erblickt einen weitgehenden Unterschied darin, „daß die Moral sich an die Gesinnung wendet, während das Recht nur Handlungen fordert." — Dieser Unterschied ist in der Tat nicht abzuleugnen. Er trifft aber nicht den Kern der Frage nach dem Verhältnis von Moral (Sittlichkeit) und Recht. Durch eine solche Feststellung werden lediglich die Voraussetzungen der Anwendbarkeit, und die Mittel, die zur Durchsetzung des Zweckes dienen, festgelegt. Daß der Zusammenhang ein viel weitgehender und tiefer zu suchender ist, wird dann erkennbar, wenn man die Entstehung des Rechts und seinen Zweck sich vor Augen hält. Das Gesetz ist ein Erzeugnis des menschlichen Geistes und beruht auf den Erfahrungen, die bei den Versuchen einer Regelung der Verhältnisse, Formen und Beziehungen innerhalb der Gesellschaft gesammelt worden sind. Geschaffen sind die Gesetzbücher aus der zwangsläufigen Erwägung heraus, daß die vielseitigen und mannigfachen Anforderungen, die an den Einzelnen als Mitglied der Gesellschaft gestellt werden, sich nicht von selbst durchsetzen können. Da sie zum großen Teil lediglich an den Anstand, das sittliche Empfinden appellieren, fehlt ihnen das Mittel der Erzwingbarkeit, ohne das die besten Vorschriften und Grundsätze bei der Unvollkommenheit des Menschen wertlos sind. „Recht und Sittlichkeit

[56]) Reichel, Iher. Jahrb. 1911, S. 409 ff.
[57]) M. E. Mayer, Rechtsphilosophie S. 62.

liegen auf einer Bahn, auf der sich die Kulturentwicklung des Menschen überhaupt vollzieht. Der Leit- und Zielpunkt wird durch die Idee der Sittlichkeit bezeichnet. Aber diese transzendentale Idee der Sittlichkeit erfordert vom Menschen Vollkommenheit . . . Würde diese höchste auch die Individualethik umfassende Forderung verwirklicht sein, so wäre jede rechtliche Ordnung des menschlichen Lebens entbehrlich . . . Aber der ethische Seinszustand der Menschheit ist von jenem Idealzustand weit entfernt. Und doch will das soziale Leben der Menschheit, so wie es ist, jetzt geordnet sein."[58]) Da aber eben das Recht zur Erzwingung der Sittlichkeit und einem dem Sittlichen entsprechenden Verhalten anhalten soll, muß es mit Zwangsmitteln ausgestaltet sein. Weil die Mittel bei Recht und Sittlichkeit verschiedene sind, dürfen beide noch nicht als verschiedenartig oder wesensfremd angesehen werden. Das Recht verfolgt nur die Idee der Sittlichkeit.

Zudem tragen jene Theoretiker, die die Wesensgleichheit von Recht und Moral (Sittlichkeit) leugnen, gleich denen, die rechtliche und wirtschaftliche Folgen unterscheiden zu müssen glauben (vergl. oben, S. 25, Anm 56) nur dazu bei, das Recht und die Gesetze den einzelnen immer wesensfremder zu machen, und die organische Verbundenheit des einzelnen mit dem Recht und der Gesamtheit immer mehr zu verdunkeln.

Zunächst ist also soviel festgestellt, daß die sittliche Natur des Eheversprechens, wie des Verlöbnisses überhaupt, keineswegs hindert, das Eheversprechen als eine **Rechtspflicht** anzusehen. Dadurch, daß man die Pflicht zur Eingehung der Ehe als eine Rechtspflicht ansieht, und das Verlöbnis als ein Rechtsgeschäft betrachtet, wird das Verlöbnis nicht entweiht, wie Reichel anzunehmen scheint. (Vergl. oben, S. 26, Anm. 1.) Rechtspflicht und moralische Verpflichtung schließen sich nicht aus. Es bleibt nur zu prüfen, ob nicht aus dem Wesen des Verlöbnisses heraus und nach der Volksanschauung eine solche Rechtspflicht zu verneinen ist.

Daß beim Verlöbnis sittliche Natur und Rechtspflicht durchaus zu vereinen sind und auch nach der Volksauffassung vereint werden müssen, hat klar Hinschius[59]) im Kampfe gegen den § 1227 des ersten Entwurfs dargelegt. Er sagt, indem er sich zunächst speziell gegen die Fassung dieses Paragraphen wendet: „Den Juristen überrascht der Inhalt dieses Paragraphen, und bei dem Laien muß er geradezu Befremden erregen. Der Letztere wird nicht wie der Jurist sich vergegenwärtigen, daß die Vorschrift, da sie sich in einem Gesetzbuch befindet, bloß die **rechtliche** Verbindlichkeit, nicht aber die ethische Pflicht zur Wahrung der Verlöbnistreue verneinen soll . . . Ist es aber gerechtfertigt, die Rechtsverbindlichkeit des Verlöbnisses gesetzlich auszuschließen? Die Motive geben

[58]) Manigk, Die Idee des Naturrechts, S. 18.
[59]) Hinschius, Arch. f. ziv. Prax. 74, S. 55 ff.

selbst zu (Seite 1), daß das jetzt bestehende Recht überwiegend eine solche anerkennt, und man wird in der Annahme nicht fehlgehen, daß dieser Rechtszustand dem Rechtsbewußtsein des deutschen Volkes entspricht." Diesen Ausführungen vermag ich nur beizutreten. Jedermann, der sich in genügendem Maße darüber klar ist, welche Funktionen das Gesetz ausübt, der weiß, daß das Recht zum Schutze sittlicher Ideen bestimmt ist, muß sich sagen, daß gerade das Verlöbnis wie kein anderes Institut neben der Ehe den Schutz des Gesetzes verlangt, und zwar auch in der Weise, daß die Pflicht zur Eingehung der Ehe als eine Rechtspflicht angesehen wird; daß gerade das wichtigste dieses Eheversprechens, nämlich die Klagbarkeit, ausgeschlossen ist, hindert nicht, seine rechtliche Natur festzustellen. Denn Klagbarkeit ist nicht wesensnotwendiger Bestandteil einer rechtlichen Verpflichtung, wie wohl kaum noch bestritten wird.[60]) Trotz des Fehlens der Erzwingbarkeit kann man das Eheversprechen sehr wohl als eine rechtliche Verpflichtung ansehen, da der Ausschluß der Klage lediglich seinen Grund in dem bekannten Grundsatze hat: „matrimonia libera esse debent".

Gegen die Rechtspflicht wird von den Tatsächlichkeitstheoretikern angeführt, die Parteien seien nicht gebunden, da ihnen der Rücktritt vom Verlöbnisse frei stehe.[61]) Eine Pflicht, die keine Gebundenheit erzeugt, könne aber nicht als Rechtspflicht angesehen werden. Ohne darauf eingehen zu wollen, ob mit einer Rechtspflicht und damit einem Vertrage, unbedingt die Gebundenheit der Parteien verknüpft sein muß, kann hier soviel festgestellt werden, daß eine rechtliche Gebundenheit der Verlobten an ihr Eheversprechen tatsächlich besteht. Was berechtigt denn die Tatsächlichkeitstheoretiker zu der Feststellung, das Verlöbnis erzeuge keine Gebundenheit, der Verlöbnisbruch sei den Verlobten freigestellt? Aus dem Gesetz kann man m. E. eher das Gegenteil schließen. Im § 1298, Abs. 1, wird statuiert, daß derjenige, der das Verlöbnis auflöst, Schadensersatz zu leisten hat. Nur wenn der Rücktritt aus einem wichtigen Grunde erfolgt, soll diese Schadensersatzpflicht nicht eintreten. Es wird also allgemein der Grundsatz aufgestellt, daß die Verletzung der Verlöbnispflichten, d. h. vor allem die Verletzung der Pflicht zur Eingehung der Ehe, zum Schadensersatz verpflichtet. Wie kann man da sagen, daß der Verlöbnisbruch freistehe? Daß die Schadensersatzpflicht beim Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht entsteht, hat seinen Grund in sozialen Erwägungen. Ein Verlobter soll nicht, wenn wichtige Gründe die Eingehung der Ehe als nicht ratsam erscheinen lassen, durch

---

[60]) Vgl. Staudinger, vor § 1297, II a, Wolff, § 5, I.

[61]) Henle, Nichtehe S. 24, Anm. 1. Auch Wolff, § 5, I, der aber auf dem Boden der Vertragstheorie steht, leugnet eine rechtliche Gebundenheit der Verlobten an ihr Eheversprechen, ohne allerdings hierfür eine Erklärung zu geben. Auch das Reichsgericht vertritt diesen Standpunkt, hat sich aber trotzdem der Vertragstheorie angeschlossen. Vgl. unten S. 60.

Schadenserſatzpflichten indirekt dazu gezwungen werden, eine für ihn und die Allgemeinheit unfruchtbare, vielleicht ſogar ſchädliche Verbindung aufrechtzuerhalten.[62]) — Aus dem Umſtande, daß das Geſetz den Ausdruck „Rücktritt" gebraucht, läßt ſich m. E. auch nicht folgern, daß keine Rechtspflicht zur Eingehung der Ehe vorliegt.[63]) Das Geſetz hat hier eben deswegen nicht von einer Vertragsverletzung geſprochen, weil es mit Gebrauch eines derartigen Ausdruckes ſofort zu der ganzen Frage nach der Rechtsnatur des Verlöbniſſes in nicht mißzuverſtehender Weiſe Stellung genommen hätte. Das aber wollte der Geſetzgeber ja gerade vermeiden, wie ſchon des öfteren betont. Mit ſolchen Argumenten läßt ſich alſo die **Rechtspflicht** der Verlobten zur Eingehung der Ehe nicht leugnen.

Als verfehlt muß ich dagegen die Verſuche derjenigen Vertragstheoretiker anſehen,[64]) die aus dem ausdrücklichen Ausſchluß der Klage und der Konventionalſtrafe die rechtliche Natur der Verpflichtung zur Eheſchließung nachweiſen wollen. Sie meinen, daß das Eheverſprechen ohne dieſe direkten Beſtimmungen eben klagbar, alſo eine Rechtspflicht wäre. Ebenſo ſoll § 1297, Abſ. 2 angeſichts des § 344 überflüſſig ſein, wenn das Eheverſprechen ohne weiteres unbeachtlich, d. h. rechtlich unwirkſam wäre. Hiermit läßt ſich nichts beweiſen. Denn wie an vielen Stellen[65]) hat das BGB. hier mit Bewußtſein Beſtimmungen, die an ſich wohl überflüſſig ſind, wiederholt, um eben jeden Zweifel über die Behandlung des Verlöbniſſes auszuſchließen. Dem Geſetzgeber, der abſichtlich die Frage nach der Rechtsnatur des Verlöbniſſes nicht entſcheiden wollte, kann nicht vorgehalten werden, daß er das Verlöbnis als einen Vertrag angeſehen haben muß, weil die von ihm gegebenen Beſtimmungen bei anderer Stellungnahme überflüſſig wären. — Dieſe, wie auch die vorhin behandelte Frage der Gebundenheit der Parteien läßt nur den Schluß zu, daß die vom Geſetz getroffenen Beſtimmungen **am beſten** mit der Vertragsnatur, mit der rechtlichen Natur des Eheverſprechens **vereinbar** ſind. Die Frage, ob die Pflicht zur Eingehung der Ehe eine Rechtspflicht iſt, kann nur in der Weiſe beantwortet werden, daß man die Anſchauungen des Volkes und das Weſen des Verlöbniſſes betrachtet und hiernach unter Vergleichung mit den Beſtimmungen des Geſetzes die eine oder die andere Anſicht für paſſend hält. Ein direkter Beweis läßt ſich nicht führen.

Ich glaube, den Nachweis erbracht zu haben, daß die Feſtſtellung der rechtlichen Natur des Eheverſprechens durchaus mit dem Weſen des Verlöbniſſes vereinbar iſt, und daß auch nach dem

[62]) Ueber die Schadenserſatzpflichten als ſolche vgl. die Darſtellungen unten S. 41.

[63]) So Henle, Nichtehe S. 24, Anm. 1.

[64]) So Ullrich, S. 30, Eſſer, S. 35, Glaſer, S. 46.

[65]) Z. B. bei der Ehe § 1304.

Volksempfinden das Eheversprechen wegen seines so überaus sittlichen Gehalts rechtlich geschützt und als eine Rechtspflicht angesehen werden muß. Daß das Gesetz eine so sittliche Pflicht nicht auch zur Rechtspflicht gemacht haben sollte, würde aufs äußerste befremden.

Damit wäre die eine Folge des Verlöbnisses, die Pflicht zur Eingehung der Ehe, als eine Rechtspflicht und somit auch als eine **Rechtsfolge** festgestellt. Gelangen wir nachher weiter zu dem Ergebnis, daß der Wille der Parteien hierauf gerichtet ist, und zwar in der Weise, daß er diese Pflicht auch als eine Rechtspflicht erstrebt, und daß weiter die Rechtsfolge auf Grund des Parteiwillens eintritt, dann ist schon in dieser Hinsicht, ganz abgesehen von der Natur der übrigen Folgen des Verlöbnisses und der Willensrichtung der Parteien, die Vertragsnatur des Verlöbnisses erwiesen. Ich will jedoch zunächst erst die übrigen Folgen des Verlöbnisses auf ihre Rechtsnatur hin untersuchen, um dann zum Schluß auf den Willen der Parteien einzugehen.

Außer der Rechtspflicht zur Eingehung der Ehe werden von einigen Vertragstheoretikern noch andere aus dem Verlöbnis entstehende Pflichten als Rechtspflichten angesehen. Weit verbreitet ist die Meinung, die Verlobten wären verpflichtet: „Das zur demnächstigen Eingehung der Ehe notwendige vorzunehmen",[66]) oder auch: „alles zu vermeiden, was die Eheschließung vereiteln könnte."[67]) Diese Auffassung wird damit begründet, daß das Verlöbnis ein „rechtliches Treuverhältnis" sei,[68]) oder auch, wie Stutz[69]) meint, ein „Vorbereitungsstand." Diese Postulate können nur insoweit als rechtliche Verpflichtungen angesehen werden, als sie einen Ausfluß der rechtlichen Verpflichtung der Verlobten bilden, die Ehe künftig miteinander einzugehen. Rechtlich selbständige Pflichten, wie z. B. die erforderlichen Papiere beschaffen, das Jawort vor dem Standesbeamten abgeben, die noch ausstehende Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zu erlangen, oder gar, wie Dittenberger[70]) meint, Brautvisite zu machen, die Sprache des anderen Verlobten zu erlernen, sich der Familie des anderen Verlobten anzuschließen, können nicht anerkannt werden. Sämtliche Forderungen sind in der Pflicht zur Eingehung der Ehe enthalten und bedürfen daher keiner Verselbständigung. — Das Beispiel, das Stutz[71]) zur Erhärtung seiner Ansicht anführt, ist nicht zwingend. Wenn ein Verlobter ein Verlöbnis oder eine Ehe mit einer dritten Person noch nicht vollzogen, aber ernstlich geplant und bereits vorbereitet hat, so soll nach Stutz der andere

---

66) So Stutz, S. 56, ebenso Ullrich, S. 43, Glaser, S. 73, 81.
67) Stutz, S. 56, und Dittenberger, S. 115.
68) Dittenberger, S. 111 ff.
69) Stutz, S. 55.
70) Dittenberger, S. 114 f.
71) Stutz, S. 56.

Teil dazu berechtigt sein, unter Beanspruchung von Schadensersatz vom Verlöbnis zurückzutreten. Hieraus soll zu folgern sein, daß eine Pflicht der Verlobten bestände, alles zu vermeiden, was die Eheschließung vereiteln könnte. Diese Folgerung ist unrichtig. M. E. braucht nämlich der andere Teil gar nicht mehr den Rücktritt zu erklären; denn wenn ein Verlobter **ernstlich** eine andere Verlobung plant, so liegt hierin schon ein Verlöbnisbruch, d. h. ein allerdings stillschweigend erklärter Rücktritt von dem bestehenden Verlöbnis. Eine besondere Pflicht, alles zu vermeiden, was die Eheschließung hindern könne, liegt somit nicht vor. Der Verlobte hat hierin einzig und allein die Pflicht zur Eingehung der Ehe verletzt und ist deswegen schadensersatzpflichtig geworden. Die angeführten Pflichten aus dem Verlöbnis sind also keine selbständigen Rechtspflichten, sondern nur ein Ausfluß der Rechtspflicht zur Eingehung der Ehe.

Von vielen wird dann weiterhin als eine selbständige, aus dem Verlöbnis entspringende Rechtspflicht die Verlöbnistreue angesehen.[72]) Begründet wird diese Ansicht damit, daß es sich hier um eine hochsittliche Pflicht handelt, die vom Gesetz geschützt werden müsse. Vor allem wird angeführt, die Verlöbnistreue müsse eine besondere Rechtspflicht darstellen, da sie mit der Pflicht zur Eingehung der Ehe nicht identisch sei, aber trotzdem durch § 1298 geschützt sei, indem ihre Verletzung Schadensersatzansprüche entstehen ließe. Diesen Ausführungen sind nicht einmal alle Vertragstheoretiker gefolgt,[73]) während vom Standpunkt der Tatsächlichkeitstheoretiker diese Pflicht naturgemäß nur als eine rein sittliche angesehen wird. Auch ich vermag mich dieser Ansicht, so schwer sie auch zu widerlegen ist, nicht anzuschließen. Bedeutung gewonnen hat die Frage, ob die Verlöbnistreue eine Rechtspflicht sei, in den Strafprozessen gegen Zuhälter. Diese Sachlage ist in derartigen Prozessen fast immer die, daß die Dirnen aus Rache eine Anzeige gegen ihren Zuhälter erstatten, diese vielleicht sogar als kommissarisch vernommene Zeugen eidlich erhärtet haben, nachher aber in der Hauptverhandlung erklären, mit dem Angeklagten verlobt zu sein, und deshalb von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machen. Selbst wenn der Richter von der strafbaren Handlung des Zuhälters aus dem Akteninhalt voll überzeugt ist, kann er ihn doch nicht verurteilen, da die einzige Zeugin das Vorliegen eines Verlöbnisses vorschützt. Den Nachweis zu führen, daß das Verlöbnis nicht ernstlich gewollt sei, wird in den seltensten Fällen gelingen. Es bleibt dann immer nur der schwierige und umständliche Weg, die Beamten, denen die Anzeige erstattet und

[72]) So Opet-v. Blume, § 1297, III; Endemann, § 151 a, 3 a, α; Stutz, S. 57; Dittenberger, S. 115; Ullrich, S. 43.

[73]) Staudinger, vor § 1297, IV. f.; Wolff, § 4, II, 1, Anm. 7; Engel, Recht 1901, S. 534.

vor denen die eidliche Aussage gemacht worden ist, als Zeugen über die Aussagen der Dirne zu vernehmen. Um diesen Uebelständen abzuhelfen, hat man versucht, das Verlöbnis als gemäß § 138 BGB. nichtig hinzustellen, da es unsittlich sei, wenn ein Zuhälter seiner Verlobten, der Dirne, die weitere Ausübung ihres Gewerbes gestattet. Unsittlich sei das Verlöbnis deswegen, weil eine Rechtspflicht, nämlich die Verlöbnistreue, verletzt werde. Nun ist zunächst soviel festzustellen, daß zwar nicht jedes Rechtsgeschäft, das unter Verletzung einer Rechtspflicht geschlossen wird, als nichtig angesehen werden kann. Da aber hier diese Rechtspflicht eine sehr sittliche ist, muß man wohl sagen, daß der Abschluß eines Verlöbnisses unter der ausdrücklichen oder stillschweigenden Gestattung der Verletzung der Verlöbnistreue als gegen die guten Sitten verstoßend gemäß § 138 als nichtig angesehen werden muß. Hiermit würden wir aber zu unhaltbaren Ergebnissen gelangen. Auf diese Weise müßte man auch ein Verlöbnis, bei dem die Braut dem Verlobten den Geschlechtsverkehr mit sich selbst oder mit anderen Frauen gestattet, als nichtig ansehen. Wennschon man eine solche Abrede unsittlich ansehen muß, liegt m. E. noch keine Berechtigung vor, deswegen das ganze Verlöbnis als nichtig zu bezeichnen. Denn wie Engel[74]) zutreffend ausführt, ist in einem solchen Falle nicht das **Verlöbnis**, sondern **das Verhalten** der Verlobten unsittlich. — Allerdings bleibt dann immer noch der Einwand, daß es wundernehmen würde, wenn das Recht eine so sittliche Pflicht, wie die Wahrung der Verlöbnistreue nicht zu einer Rechtspflicht gemacht haben sollte, und daß aus der Schadensersatzpflicht im Falle der Verletzung der Verlöbnistreue eine Rechtspflicht sich leicht ableiten ließe. M. E. können diese Argumente mit juristischen Deduktionen nicht entkräftet werden. Im übrigen sind diese Beweise auch keine rein juristischen. **Zwingend** geht aus der Schadensersatzpflicht im Falle der Treuverletzung nicht die Rechtsnatur der Verlöbnistreue hervor. Es kann in dieser Bestimmung des Gesetzes auch nur eine **Vermutung** dafür gefunden werden, daß die Treupflicht eine Rechtspflicht sei. — Ich kann diese Frage nur in der Weise lösen, daß ich sie dem sittlichen und rechtlichen Empfinden jedes einzelnen anheimstelle. M. E. ist die Verlöbnistreue keine Rechtspflicht, sondern nur eine rein sittliche, allerdings eine in sehr hohem Maße sittliche Verpflichtung. Auf diese Weise bin ich nicht zu der mir widerstrebenden Folgerung genötigt, ein Verlöbnis als unsittlich und deswegen nichtig anzusehen, bei dem die Verlobte ihrem Bräutigam beim Abschluß des Verlöbnisses stillschweigend die künftige Beiwohnung während der Brautzeit gestattet hat.

---

[74]) Engel, Recht 1901. S. 534.

[75]) Enneccerus, § 64 I.

Ich stehe also auf dem Standpunkt, daß außer der Pflicht zur Eingehung der Ehe keine der aus dem Verlöbnis entspringenden Pflichten als Rechtspflicht anzusehen ist.

§ 7. Der Brautstand.

Neben der Rechtspflicht zur Eingehung der Ehe wird von den Vertragstheoretikern der Brautstand als Rechtsfolge des Verlöbnisses angesehen. — Als Rechtsfolge kann man den Brautstand nur dann bezeichnen, wenn er ein Rechtsverhältnis ist, d. h. ein rechtlich bedeutsames, vom Recht bestimmtes Lebensverhältnis.[75])[76]) Im BGB. selbst finden sich zahlreiche Vorschriften, die das Verlöbnis als ein Lebensverhältnis besonderer Art berücksichtigen, so in den §§ 1432, 1584, 2077, Abs. 2 u. 3, 2275 Abs. 3, 2276, 2279 Abs. 2, 2290 Abs. 3, 2347, 3351 und 2352. Insbesondere im Erb- und Familienrecht werden die Verlobten für die Schließung und Aufhebung von Eheverträgen zur Regelung güterrechtlicher Verhältnisse, von Erb- und Erbverzichtsverträgen in den Hauptpunkten den Ehegatten gleichgestellt. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf die eingehenden früheren Darstellungen verwiesen.[77]) Allein im Hinblick auf die Vorschriften des BGB. könnte man zu dem Schluß gelangen, daß der Brautstand eine rechtswirksame Beziehung von Personen, d. h. ein Rechtsverhältnis ist.

Neben diese zivilrechtlichen Vorschriften treten aber noch eine große Zahl öffentlich-rechtlicher Bestimmungen, in denen das Verlöbnis als ein rechtlich bedeutsames Institut einer besonderen Behandlung gewürdigt, durch die es dem Ehe- und Verwandtschaftsverhältnis in wesentlichen Beziehungen gleichgestellt wird. Zu nennen sind hier die §§ 52, 54, 157 Abs. 2, 213, 247, 257, 263, 292 StGB. In der Strafprozeßordnung und in der Zivilprozeßordnung wird den Verlobten ein Zeugnisverweigerungsrecht zugebilligt, wie es in so absoluter Weise nur Ehegatten, Verwandten oder Verschwägerten gegeben ist.[78]) Der Einwand, daß anderen

[76]) Windscheid, S. 31, erkennt an, daß die Verlobten eine den Ehegatten ähnliche Stellung einnehmen. Er behauptet aber, daß diese Bevorzugung entstanden sei nicht auf Grund des durch die Verlobung hervorgerufenen Rechtsverhältnisses, „sondern auf Grund der Tatsache des Verlöbnisses und der Annahme, daß die beiden Verlobten aller Voraussicht nach demnächst eine Ehe miteinander eingehen sollen und werden". Hieraus ergebe sich, daß das Verlöbnis für das Recht lediglich von Bedeutung sei. Diese Ausführungen beruhen auf einer Verkennung des Begriffes Rechtsverhältnis. Wenn ein Lebensverhältnis vom Recht als bedeutsam anerkannt und deswegen geregelt wird, so ist es eben ein Rechtsverhältnis. Damit ist ja noch nicht gesagt, und das scheint Windscheid zu meinen, daß der Begründungsakt, hier das Verlöbnis, ein Rechtsgeschäft ist. Das ist erst dann der Fall, wenn die weiteren Voraussetzungen hierzu erfüllt sind, also der hierauf gerichtete Wille usw. vorliegt.

[77]) Cramer, S. 7 und S 51 ff. und Stutz, S. 23.

[78]) §§ 51, 76 StPO. und §§ 383 u. 408 ZPO.

Personen in beiden Prozeßordnungen ebenfalls Zeugnisverweigerungsrechte zustehen, so dem Arzt, dem Geistlichen und dem Rechtsanwalt, kann nicht durchgreifen. Denn diese sind zur Aussage verpflichtet, wenn die betreffende Partei die Genehmigung zur Aussage erteilt. Diese Personen haben also nur ein viel weniger weitgehendes Zeugnisverweigerungsrecht, das eine Gleichstellung mit dem der Verlobten nicht erlaubt. Lediglich das Verlöbnis sollte in diesen so bedeutenden Beziehungen wie ein Ehe- oder Verwandtenverhältnis behandelt werden.

Nun ist allerdings bei Anführung dieser öffentlich-rechtlichen Vorschriften, in denen das Verlöbnis Beachtung findet, zu bemerken, daß im öffentlichen Recht nach fast übereinstimmender Meinung in Literatur und Praxis das Verlöbnis als ein dem zivilrechtlichen Verlöbnis nicht wesensgleiches Institut angesehen wird. (Allerdings nur dann, wenn man sich auf den Standpunkt stellt, daß das Verlöbnis im Zivilrecht ein Vertrag ist). Das Verdienst, hierauf als erster mit Schärfe hingewiesen zu haben, gebührt Dorn[79]) Das Reichsgericht hat in früheren Zeiten, als ein einheitliches Recht in Deutschland noch nicht bestand und partikularrechtlich die Gültigkeit eines Verlöbnisses oft von der Beachtung bestimmter Formen abhängig gemacht wurde, einen besonderen Begriff des Verlöbnisses aufgestellt, und diesen auch nach dem Inkrafttreten des BGB. beibehalten. Das Reichsgericht hat ausgeführt, daß „die strafpolitischen Erwägungen für die Berücksichtigung des Verlöbnisses auf dem Gebiete des materiellen Strafrechts und der Strafprozeßordnung nach der Bedeutung und dem Zweck des Verlöbnisses, wie sie diesem nach der allgemeinen Lebensauffassung eigen sind, nur auf dem Gebiete der natürlichen Empfindung, der allgemeinen Volkssitte und religiösen Gebote gesucht werden können, nicht innerhalb des Bereichs mehr oder weniger willkürlich erscheinender oder wesentlich durch die größere Sicherheit des rein rechtsgeschäftlichen Verkehrs hervorgerufener positiver Normen des allgemeinen bürgerlichen Rechts."[80]) Und weiter: „Für das Strafrecht mußte entscheidend sein das sittliche Element, das dem Verlöbnis innewohnt, für das Zivilrecht die Bedeutung des Verlöbnisses als eines Aktes, der die künftige Eheschließung mit allen ihren vom Zivilrecht festgestellten Folgen für das Rechtsleben der Ehegatten, unter sich und im Verhältnis zu anderen Personen anzubahnen bestimmt ist." Für das Strafrecht soll demnach nur das Verlöbnis beachtlich sein, bei dem beide Parteien den freien und ernstlichen Willen, die Ehe miteinander einzugehen, geäußert haben. —

Dieser Ansicht vermag ich nicht beizutreten. Von niemand ist es bisher bestritten worden, daß insbesondere das Strafrecht

[79]) Dorn, S. 7 ff.
[80]) RG. Str. 35, S. 51, ebenso RG. Z. 61, S. 270.

akzessorischer Natur ist, oder wie Liszt[81]) sagt: „sekundärer, komplementärer, sanctionärer Natur". Vor allem kann es nicht Aufgabe des Strafrechtes sein, Rechtsbegriffe neu zu bilden, deren Inhalt im Zivilrecht bereits feststeht. Dem Strafrecht liegt es ob, die von anderen Rechtsgebieten normierten Begriffe und Institute zu schützen. „Nicht eine besondere Art des Verlöbnisses (das sittliche) soll geschützt werden, sondern **das** Verlöbnis in einer besonderen Weise."[82]) Es ist daher daran festzuhalten, daß im Gebiete des gesamten Rechts das Verlöbnis einheitlich aufgefaßt werden muß.[83])

Aus dem Umstande aber, daß von der überwiegenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung das Verlöbnis im öffentlichen Recht als ein rein sittlicher Begriff angesehen wird, läßt sich noch nicht schließen, daß der Brautstand insofern kein Rechtsverhältnis ist, wie Windecker[84]) folgert. Er geht mit solcher Beweisführung im Kreise. Denn wenn er selbst feststellt, daß der Strafrichter den Begriff, wie ihn das Zivilrecht ausgebildet hat, seinen Entscheidungen zugrunde legen muß, so muß eben erst von uns festgestellt werden, als was zivilrechtlich das Verlöbnis anzusehen ist. Aus der Bedeutsamkeit des Verlöbnisses für das Recht, und insbesondere das Strafrecht soll ja auch noch gar nicht gefolgert werden, daß es ein Vertrag ist, sondern nur, daß es als ein Rechtsverhältnis anerkannt wird. Ob es ein Vertrag oder etwas anderes ist, müssen wir erst entscheiden. Zunächst aber kann aus all den Gesetzesbestimmungen entnommen werden, daß der Brautstand wegen seiner Bedeutung im Recht als ein Rechtsverhältnis angesehen werden muß. Somit wäre auch der zweite Nachweis erbracht, daß neben der Rechtspflicht zur Eingehung der Ehe auch der Brautstand als eine Rechtsfolge des Verlöbnisses zu bezeichnen ist.

Ueber das Wesen und den Inhalt des Brautstandes sind die Meinungen geteilt. Keine Billigung dürfte wohl die Auffassung finden, die in dem Brautstand lediglich eine Probezeit erblickt.[85]) Danach sollen die Verlobten während dieser Zeit nur feststellen, ob sie zueinander passen, ob die spätere Eingehung der Ehe in ihrem, wie auch im Interesse der Allgemeinheit als ratsam erscheint. Als Probezeigt ließ sich der Brautstand vielleicht in früheren Zeiten ansehen, in denen die Brautleute wenig nach ihrer Meinung gefragt wurden, und lediglich die Eltern die Wahl trafen. Andererseits wird auch damals der Brautstand keine

[81]) Liszt, S. 73 und S. 143, Anm. 5., ebenso sämtliche Kommentare des Strafrechts.

[82]) Windecker, S. 13.

[83]) Vgl. Dorn, S. 8, ebenso Wolff, § 4 II 2 Anm. 9. und Endemann, § 151 a, Anm. 12.

[84]) Windecker, S. 46. 2. und S. 31.

[85]) Jacobi, S. 19.

Probezeit gewesen sein, denn selbst wenn die Brautleute nicht zueinander paßten, wurde trotzdem die Ehe vollzogen, da eben lediglich der Wille der Eltern den Ausschlag gab. In heutigen Zeiten wird in der Regel die Prüfung, ob beide Teile die Gewähr für eine gesunde Ehe bieten, bereits vor der Begründung des Brautstandes erfolgt sein, so daß von einer Probezeit nicht mehr gesprochen werden kann. Zudem widerspricht eine derartige Auffassung dem Volksempfinden. „Es würde", wie Cramer[86]) richtig ausführt, „der leichtfertigen, übereilten Eingehung von Verlobungen geradezu Vorschub geleistet, wenn man das Verlöbnis lediglich als Probezeit . . . betrachten würde." Ich erblicke vielmehr mit der Mehrzahl der Schriftsteller in der Brautzeit einen Vorbereitungsstand. Während seiner Dauer sollen von den Verlobten die Vobereitungen, die sich in kurzer Zeit, besonders in heutigen Tagen, nicht treffen lassen, gemacht werden. Mit dem Brautstand treten die Verlobten in ein bestimmtes familienrechtliches Verhältnis, von Stutz[87]) „beschränkte Lebensgemeinschaft" genannt. Diese Ansicht hat viele Gegner gefunden.[88]) Von ihnen wird ausgeführt, es sei unzulässig, ein Verhältnis Lebensgemeinschaft, wenn auch nur beschränkt, zu nennen, „das aller jener Bestandteile entbehrt, die für die Rechtsordnung den Begriff der Lebensgemeinschaft ausmachen."[89]) Es bestehe kein Entscheidungsrecht des Bräutigams, keine Namensänderung der Braut usw. Es ist unbestreitbar, daß diese Folgen nur bei der Ehe, der eigentlichen Lebensgemeinschaft, eintreten. Die oben gewonnenen Ergebnisse, nach denen das Verlobtenverhältnis wegen seiner bestimmten personenrechtlichen, familienrechtlichen Natur als ein der Ehe ähnliches Gebilde anzusehen ist, rechtfertigen aber doch die Annahme, daß das Verlöbnis eine gewisse, beschränkte Lebensgemeinschaft darstellt.

§ 8. Die Schadensersatzfolgen.

Mit der Auffassung von der Natur des Verlöbnisversprechens als einer Rechtspflicht und des Brautstandes als eines Rechtsverhältnisses lassen sich auch am besten die Schadensersatzfolgen, die das Gesetz in den §§ 1298 BGB. an den Bruch des Verlöbnisses geknüpft hat, erklären. Sie stellen einmal die Folgen für die Verletzung der Rechtspflicht dar, wie bei Verletzung einer jeden Rechtspflicht Schadensersatzverpflichtungen entstehen.[90]) Zum anderen

[86]) Cramer, S. 12.
[87]) Stutz, S. 47 ff.
[88]) Z. B. Opet-v. Blume, § 1297, Dittenberger, S. 56 ff., Henle, S. 24, Anm. 1, Schulz, S. 64.
[89]) Opet-v. Blume, a. a. O.
[90]) So auch die Mehrzahl der Schriftsteller, die auf dem Boden der Vertragstheorie stehen, vgl. Staudinger, vor § 1297 und die dort Angeführten.

aber sind sie als ein Schutz des Brautstandes zu erklären, der als ein familienrechtliches, personenrechtliches Verhältnis, als ein Rechtsgut behandelt wird. „Der Verlobtenstand wird als absolutes Recht geschützt, d. h. mittelbar und in der Weise, daß nicht aus ihm selbst im Ruhestande, sondern erst aus seiner Verletzung Ansprüche entstehen."[91])

Henle[92]) will die Schadensersatzbestimmungen mit vielen anderen als quasideliktisch erklären, „aus einer an die Verletzung moralischer Pflichten geknüpften Schadenshaftung." Warum aber hier nur moralische Pflichten verletzt sein sollen, davon erwähnt er nichts. Schon insofern müssen wir diese Anschauung mangels jeglicher Begründung ablehnen.[93])

Andere[94]) machen geltend, daß die §§ 1298 ff. nicht als Schadensersatzfolgen wegen Verletzung einer Rechtspflicht erklärt werden können. Dagegen spreche vor allem, daß nach den allgemeinen Schadensersatzbestimmungen bei schuldhafter Verletzung eines Vertrages auch der entgangene Gewinn zu ersetzen sei. Daran fehle es aber beim Verlöbnis, so daß sich schon hieraus ergebe, daß das Verlöbnis kein Vertrag sein könne. Die Bestimmung des § 1297 Abs. 1, Satz 2, könne demgegenüber nichts ausmachen, da sie eine Ausnahme darstelle. Diese Beweisführung gegen die Vertragsnatur, die sich vor allen Dingen gegen die Annahme einer Rechtspflicht zur Eingehung der Ehe wendet, ist nicht stichhaltig. Es läßt sich für den Ausschluß der Haftung für entgangenen Gewinn und für alleinigen Ersatz des negativen Interesses sehr wohl eine befriedigende Antwort dahin geben, daß das BGB., entsprechend der neueren Entwicklung, zusammen mit der Abschaffung der Klagbarkeit und dem Verbot der Vereinbarung einer Vertragsstrafe auch eine weitergehende Schadensersatzverpflichtung beseitigt hat. Wären weitergehende Schadensersatzansprüche zuerkannt worden, so wäre ja gerade wieder auf diese Weise ein gewisser, nicht unbeachtlicher Zwang auf die Parteien ausgeübt worden, der doch, wie die Motive genau zeigen, als dem deutschen Volksempfinden widersprechend durchaus nicht ausgeübt werden sollte. Die Motive sagen klar über die minderweitgehenden Schadensersatzfolgen aus, „daß der Anspruch auf Schadensersatz positiv zu bestimmen und nur insoweit zu gewähren sei, als das Bedürfnis, die Rücksicht

[91]) Du Chesne, Zent. Bl. f. FG. 1922 S. 92, der allerdings nicht unbedingt in dem Versprechen der Ehe eine Rechtspflicht erblicken möchte. Er läßt es dahingestellt, ob es nicht nur eine moralische Verpflichtung enthält, kommt aber auch zu dem Ergebnis, daß das Verlöbnis ein Vertrag sei, weil er den Brautstand als Rechtsfolge auffaßt.

[92]) Henle, Nichtehe S. 24 Anm. 1, im Anschluß an die Hellmann'sche Deliktstheorie.

[93]) Eine eingehende Widerlegung dieser Begründung der Schadensersatzfolgen soll unten bei der Behandlung der Deliktstheorie gegeben werden.

[94]) Windecker, S. 34.

auf die Billigkeit und das Rechtsgefühl es erheischen."[95]) Aus demselben Grunde, aus dem beim Verlöbnis die Klagbarkeit ausgeschlossen ist, ist eben auch der Ersatz des positiven Interesses ausgeschlossen worden.

Von den Tatsächlichkeitstheoretikern[96]) wird auch gern gegen die Vertragstheorie angeführt, sie könne keine Erklärung dafür geben, daß außer dem verlassenen Teil auch dritten Personen ein Schadensersatzanspruch zusteht. Aber auch diese Klippe vermag die Vertragstheorie zu überwinden. Diese Bestimmungen sind zu erklären aus der besonderen Natur des Verlöbnisses als eines, gewisse personenrechtliche, verwandtschaftsähnliche Beziehungen hervorrufenden Verhältnisses, auf das nachher noch besonders eingegangen werden soll. An der Stelle soll dann auch dieser Einwand widerlegt werden.[97])

Vorläufig kann soviel als festgestellt angesehen werden, daß die Schadensersatzfolgen sich von dem Standpunkte, daß das Eheversprechen eine Rechtspflicht und der Brautstand ein Rechtsverhältnis ist, sehr gut erklären lassen. Nach Erledigung der noch ausstehenden Einwände der Tatsächlichkeitstheoretiker wird sich sogar zeigen, daß die Vertragstheorie eine in allen Punkten befriedigende und angemessene Erklärung der Schadensersatzfolgen bringt.

§ 9. Die Willensrichtung der Parteien.

Nachdem die Frage nach den Rechtsfolgen und dem Grunde der Schadensersatzpflichten geklärt ist, können wir zu der Prüfung der Frage übergehen, worauf denn der Wille der Parteien beim Abschluß des Verlöbnisses gerichtet ist. Die einen meinen, die Parteien hätten die künftige Eheschließung im Auge, die anderen wollen ihn auf die Herbeiführung des Brautstandes gerichtet sein lassen. Beide Ansichten sind von den Vertretern der jeweilig entgegengesetzten Meinung auf das heftigste bekämpft worden, m. E. mehr als notwendig. Nach meinem Dafürhalten ist der Wille der Parteien auf beides, sowohl auf die künftige Eheschließung, als auch auf die Herbeiführung des Brautstandes gerichtet.

Es läßt sich nicht leugnen, daß der Wille der Parteien, wenn man sich die Erklärungen der sich Verlobenden betrachtet, in der Hauptsache auf die zukünftige Eheschließung gerichtet ist. Der Mann fragt das junge Mädchen: „Willst Du meine Frau werden?" und mit dem Jawort gibt die Verlobte zu verstehen, daß sie dereinst mit dem Verlobten die Ehe eingehen will. Die Ausführungen von Stutz[98]) „an die Eheschließung dürften im Augen-

[95]) Motive IV S. 3.

[96]) So insbesondere die Vertreter der Theorie des Sozialverhältnisses, z. B. Windecker, S. 35.

[97]) Vgl. unten S. 42

[98]) Stutz, S. 39 ff.

blick der Verlobung die wenigsten denken," sind schon oft genug widerlegt, so daß ich es mir ersparen kann, hierauf noch einzugehen.[99])

Stutz selbst ist der Ansicht, daß die Parteien bei der Verlobung lediglich die Herbeiführung des Brautstandes, „jenes innigen Verhältnisses usw." im Auge hätten. Die gegen seine Meinung gerichteten Ausführungen[100]) beschränken sich jedoch lediglich darauf, nachzuweisen, daß Stutz mit dem Leugnen des auf die künftige Ehe gerichteten Willens im Unrecht sei, und daß der Wille nur auf die künftige Ehe gerichtet sein könne. Damit wird unbewußt die Meinung vertreten, daß der Wille immer nur alternativ, also **entweder** auf die Herbeiführung des Brautstandes, **oder** auf die künftige Ehe gerichtet sein könne. Daß diese Einstellung unrichtig ist, erkennt man m. E., wenn man sich das Verhältnis von Brautstand und Eheversprechen, die beide vorhin der Uebersichtlichkeit halber getrennt behandelt wurden, vor Augen hält. Stutz hat, wie bereits erwähnt, als erster darauf hingewiesen, daß beim Verlöbnis das Eheversprechen von dem Brautstand zu unterscheiden sei. Seine Ausführungen sind verdienstvoll gewesen und haben dazu beigetragen, die Unklarheiten über das Verlöbnis zu lichten. Als unheilvoll muß ich sie jedoch insofern bezeichnen, als sie in der Folgezeit vielfach unbedingt und ohne weitere Ueberlegung festgehalten worden sind. Somit ist eine strenge Zweiteilung in das Verlöbnis hineingetragen worden, die seinem Wesen vollkommen widerspricht. Allerdings ist nicht zu verkennen, daß das Verlöbnisversprechen einerseits die Rechtspflicht zur künftigen Eingehung der Ehe, andererseits den Brautstand hervorruft. Diese beiden Rechtsfolgen sind aber in ihrem Wesen nicht so verschieden, daß nicht der Wille der Parteien auf Herbeiführung beider gerichtet sein könnte. Brautstand und Eheversprechen sind vielmehr als Einheit anzusehen und unter einem einheitlichen Gesichtspunkt zu betrachten. Beide sind voneinander abhängig, sie können nicht losgelöst voneinander bestehen. Der Eintritt des Brautstandes ist ebenso bedingt durch das Eheversprechen, wie die Rechtspflicht

[99]) Einen anderen Einwand gegen die obige Meinung hat Brinkmann-Westheim, S. 26, erhoben. Er bestreitet, daß der Wille der Brautleute auf die künftige Ehe gerichtet sei, indem er die bei der Verlobung üblichen Worte erläutert. Weil das Mädchen nur mit „Ja" antwortet, weil sich Mann und Frau niemals gegenseitig die künftige Ehe wörtlich versprechen bzw. das Versprechen abnehmen, schließt er, daß die Verlobten sich nur die Absicht erklären, einander zu heiraten. Sie vertrauten den Eheabschluß dem Zuge des Herzens, sowie dem sittlichen Anstandsgefühl an. Eine rechtliche Bindung läge nicht in dem Willen der Parteien. — Auf diesen Einwand soll nachher eingegangen werden, da es sich bei ihm weniger um die Willensrichtung der Parteien handelt, als um die Frage, ob die Parteien die Folge als eine rechtliche wollen.

[100]) So Glaser, S. 86; Brinkmann-Westheim, S. 22 ff.; Ullrich, L. 35.

zur künftigen Eingehung der Ehe. Die Rechtslage ist nicht etwa die, daß der Brautstand erst die Folge der Pflicht zur Eingehung der Ehe ist, sondern beide entstehen zugleich mit dem Jawort der Braut, d. h. mit dem Eheversprechen. Daß beide Rechtsfolgen nicht in dem Maße getrennt betrachtet werden können, wie es im Anschluß an Stutz bisher geschehen ist, lehrt schon ein Blick auf die Rechtsfolgen, die der Brautstand hervorruft. Die Schadensersatzpflichten beim Verlöbnisbruch treten, wie wir bereits gesehen, sowohl deswegen ein, weil die Rechtspflicht zur Eingehung der Ehe, als auch, weil der Brautstand als Rechtsgut verletzt ist. Die Gleichstellung in den verschiedenen Gesetzen mit den Ehegatten oder anderen Verwandten erfolgt sowohl deswegen, weil die beiden Verlobten die Absicht haben, demnächst die Ehe miteinander einzugehen, als auch, weil sie sich bereits in einem innigen personenrechtlichen Verhältnis befanden, das es verdient, von der Rechtsordnung anerkannt und geschützt zu werden. Wir sehen also, daß die gesamten Rechtsfolgen des Verlöbnisses in gleicher Weise für die Verpflichtung zur Eheschließung, wie für den Brautstand gelten, daß sie auf beide zurückzuführen sind.[101]) Demnach ist die Einteilung von Stutz nur insoweit beizubehalten, als sie zur Klärung der Fragen dient. Sie darf aber nicht so weit führen, daß die ursprüngliche Einheit vollkommen verwischt wird.

Nach dieser Feststellung scheint mir die Annahme durchaus berechtigt, daß der Wille der Parteien beim Abschluß des Verlöbnisses sowohl auf die künftige Ehe gerichtet ist, wie auf das Gegenwärtige, den Brautstand. Dies wird man bei jeder einzelnen Verlobung feststellen können. Die Brautleute denken bei der Abgabe des Versprechens an das ganze Verhältnis, nicht nur an die zukünftige Ehe. Sie sagen sich nicht, nachdem das Versprechren gegeben ist, jetzt sind wir **außerdem** noch Verlobte, wir befinden uns außerdem noch im Brautstand. Sie wollen vielmehr mit dem Eheversprechen das eine wie das andere, den Brautstand, wie die künftige Ehe. Zu dem Ergebnis, daß der Wille lediglich auf das eine oder das andere gerichtet sei, konnten die einzelnen Vertreter nur in dem so heftigen Ideenstreit gelangen, indem sie sich immer allein damit befaßten, die Meinung des Gegners zu widerlegen, ohne den praktischen Verhältnissen Rechnung zu tragen. In gleichem Sinne wie hier hat sich auch das Reichsgericht schon vor langer Zeit ausgesprochen, — eine Entscheidung, die ich in keiner Ar-

[101]) Aehnlich Staudinger § 1297 Vorbem. IV. „Die rechtliche Bedeutung des Brautstandes fällt zusammen mit der Summe der einzelnen Rechtswirkungen des Verlöbnisvertrages." Auch Dittenberger, S. 55, hat schon diese Ansicht, m. E. allerdings ohne zutreffende Begründung, vertreten: „Ebenso, wie der Vertragswille beim Verlöbnis die künftige Ehe umfaßt, so enthält er zugleich die Begründung des Brautstandes als der begriffsmäßigen und bestimmungsmäßigen Vorbereitung der Ehe."

beit gefunden habe:[102]) — „Der Inhalt eines Verlöbnisvertrages erschöpft sich nicht in dem für die Zukunft gegebenen Eheversprechen. Der beiderseitige Wille vielmehr, selbst wenn er insoweit unausgesprochen bliebe, ist zugleich (!) darauf gerichtet, für die Gegenwart ein familienrechtliches Verhältnis wechselseitiger Angehörigkeit herzustellen."[103])

Hiernach können wir zu dem letzten, vorhin bereits erwähnten Punkt in diesem Abschnitt kommen, nämlich zu der Frage, ob der Wille der Parteien sich denn wirklich auf die Herbeiführung **rechtlicher** Folgen richte, oder nicht vielmehr auf sittliche. Diese Frage glaube ich im Hinblick auf meine Ausführungen über das Verhältnis von Sittlichkeit und Recht, über die Frage nach der Rechtspflicht zur künftigen Eingehung der Ehe unbedingt bejahen zu können. In dem Bewußtsein unseres Volkes lebt eben der gesunde Gedanke, daß das Verlöbnis als ein sittliches Institut auch vom Recht geschützt werden muß, daß die Pflichten, die beide Parteien mit dem Verlöbnis auf sich nehmen, nicht nur moralische, sondern auch vom Recht geschützte sind. Das ist oben nachgewiesen. Somit besteht kein Bedenken, festzustellen, daß die Parteien die Folgen des Verlöbnisses als **Rechtsfolgen** wollen. Unberechtigt sind deswegen auch die Ausführungen der Tatsächlichkeitstheoretiker, nach denen das Verlöbnis deswegen kein Vertrag sein soll, weil die einzigen Rechtsfolgen des Verlöbnisses, nämlich die Schadensersatzfolgen der §§ 1298 ff. nicht in der Willensrichtung der Parteien liegen. Abgesehen davon, daß die Schadensersatzfolgen nicht die einzigen Rechtsfolgen des Verlöbnisses sind, ist diese Meinung auch sonst unrichtig. Es kann nicht bestritten werden, daß die Parteien die Schadensersatzfolgen beim Verlöbnisabschluß nicht ins Auge fassen. Das liegt ja dem Wesen dieses Aktes auch vollkommen fern; denn bei der Verlobung denkt niemand an deren Auflösung und nicht an die Folgen eines Rücktritts aus nicht wichtigem Grunde. Das ist aber auch gar nicht notwendig. Wie wir bei der Darlegung des Begriffes Rechtsgeschäft nachgewiesen haben, brauchen die Parteien beim Abschluß eines Vertrages nicht alle vom Gesetz vorgesehenen Folgen in ihre Vorstellung aufzunehmen. Es genügt vielmehr, daß sie sich über die wesentlichen Folgen im klaren sind. Daß die Schadensersatzpflichten zu den wesentlichen oder gar „Hauptfolgen" des Verlöbnisses zu rechnen sind, wie Windecker[104]) nachzuweisen versucht, scheint mir zweifelhaft. Es wird wohl von niemand bestritten werden, daß man bei den gewöhnlichen Geschäften des täglichen Lebens nicht immer oder überhaupt nicht an die möglicherweise entstehenden

[102]) Ausgenommen Schulz, S. 70, der ebenfalls den oben dargelegten Standpunkt teilt.
[103]) RG. Z. 59, S. 103. Außerdem Seuff A. 60, Nr. 193; 61, Nr. 11.
[104]) So Eltzbacher, S. 181.
[105]) Windecker, S. 45.

Schadensersatzpflichten denkt, und doch wird man nicht bezweifeln können, daß die Parteien trotzdem rechtliche Folgen im Auge gehabt haben. Somit ist auch dieser Angriff gegen die Vertragstheorie als gescheitert anzusehen.

§ 10. Schluß und Zusammenfassung der Ergebnisse.

Als letztes bleibt die Frage, ob der Eintritt der Rechtsfolgen, — Brautstand und Verpflichtung zur künftigen Eheschließung, — nach dem Gesetz auch auf den Willen der Parteien zurückzuführen ist. Was bei dem Rechtsgeschäft maßgebend ist, der Wille der Parteien oder die Gesetzesvorschrift, ist bereits erörtert. Es kommt hierbei nur darauf an, gegenüber den Rechtshandlungen i. e. Sinne festzustellen, daß die Wirkungen des Verlöbnisses nicht rein ex lege eintreten, sondern auf Grund des Willens der Parteien. Das Ergebnis dieser Feststellung ist so klar, daß ich hierauf nicht näher einzugehen zu brauechn glaube.

Damit sind wir am Ende unserer Ausführungen angelangt, in denen die Vertragsnatur des Verlöbnisses geprüft und bejaht werden sollte. Wir haben festgestellt, daß beim Verlöbnis zwei Willenserklärungen vorliegen, daß diese auf Rechtsfolgen gerichtet sind, nämlich Brautstand und Rechtspflicht zur Eingehung der Ehe, und daß diese Folgen nach dem Gesetz auf Grund des Willens der Parteien eintreten. Damit ist erwiesen, daß das Verlöbnis ein Rechtsgeschäft ist. Da die Parteien sich gegenseitig ihren Willen erklären, also zwei übereinstimmende Willenserklärungen vorliegen, ist das Verlöbnis ein Vertrag. Die Einwendungen der Tatsächlichkeitstheoretiker sind, soweit sie sich in die eben abgeschlossene Darstellung einordnen ließen, behandelt und als nicht stichhaltig zurückgewiesen worden. Die übrigen, vornehmlich wegen der vermeintlich unhaltbaren Auswirkung der Vertragstheorie in der Praxis erhobenen Angriffe werden nachher ihre Erledigung finden.

§ 11. Die einzelnen Vertragstheorien.

Hiermit sind nun die Erörterungen über die Vertragsnatur des Verlöbnisses noch nicht abgeschlossen; es reihen sich hieran noch die, wie auch Staudinger[106]) meint, praktisch bedeutungslosen Fragen, ob dieser Vertrag ein Haupt- oder ein Vorvertrag ist, ob er als obligatorischer oder familienrechtlicher oder gemischt obligatorisch-familienrechtlicher Vertrag anzusehen ist. Da aber in der

[106]) Staudinger, Vorbem. 1297 II a. Anderer Ansicht ist Endemann § 151 a, Anm. 41. Seine Bedenken, die sich hauptsächlich darauf stützen, daß von der Entscheidung dieser Frage nach dem Einführungsgesetz zum BGB der Erfüllungsort des Verlöbnisses abhängig ist und nur hiernach festgestellt werden kann, sind als überholt anzusehen, denn der Erfüllungsort steht nach Ueberwindung des Uebergangsrechts jetzt fest. Vgl. unten S. 44

Literatur auch hierüber viel gestritten ist, soll auch auf diese Punkte, wenngleich nur kurz, eingegangen werden. Vorweg möchte ich bemerken, daß mir die Theorie des gemischt obligatorisch-familienrechtlichen Hauptvertrags die empfehlenswerteste zu sein scheint.

Aus dem früheren Recht ist auch noch für das geltende Recht von vielen die Ansicht übernommen,[107]) das Verlöbnis sei ein rein obligatorischer Vertrag, der die Verpflichtung zu einem contrahere enthält, also ein pactum de contrahendo, ein Vorvertrag ist. Mit Recht ist von den Vertretern der familienrechtlichen Theorie hiergegen geltend gemacht worden, daß sie in keiner Weise dem Verlöbnis in seiner Eigenschaft als einem familienrechtlichen Institut Rechnung trägt.[108]) Wir haben gesehen, daß eine wichtige Rechtsfolge des Verlöbnisversprechens der Brautstand ist, daß dieser als eine gewisse beschränkte, vom Recht sanktionierte Lebensgemeinschaft anzusehen ist. Kann die obligatorische Vertragstheorie hierfür überhaupt eine Erklärung geben? Sie ist also schon deswegen abzulehnen, weil sie allein das Eheversprechen berücksichtigt und den auf Herbeiführung des Brautstandes gerichteten Willen und dessen Eintritt nicht beachtet.

Auf der anderen Seite glauben die Anhänger der Familienrechtstheorie, das Verlöbnis lediglich als ein familienrechtliches Gebilde, das nur innerhalb des Familienrechts seine Erklärung finden könne, ansehen zu müssen. Es ist ihnen zuzugeben, daß sie auf diese Weise am besten die personenrechtliche Seite des Verlöbnisses, den Brautstand mit seinen rechtlichen Folgen erklären können. Insbesondere können sie auch am besten die Frage beantworten, weshalb die Schadensersatzpflichten beim Verlöbnisbruch nicht nur gegenüber dem anderen Verlobten, sondern auch gegenüber den Eltern des verlassenen Verlobten und sogar Dritten gegenüber bestehen. Das war ja gerade einer der Hauptpunkte, in denen die Anhänger der Tatsächlichkeitstheorie die Unrichtigkeit der Vertragstheorie nachweisen zu können glaubten. Es ist zwar richtig, daß aus einem gewöhnlichen obligatorischen Vertrage Schadensersatzansprüche nur dem anderen Teil zustehen, Dritten nur dann, wenn hierüber eine besondere Vereinbarung getroffen ist. Es handelt sich hier aber gar nicht um einen rein obligatorischen Vertrag. Dieser ist vielmehr so stark von familienrechtlichen, besonderen Gedanken durchsetzt, daß eine Schadensersatzpflicht auch gegenüber Dritten sich sehr wohl erklären läßt. Die Eltern und dritte, an deren Stelle handelnde Personen, sind deswegen auch gegen den Verlöbnisbruch geschützt, weil kraft der Wirkungen des

[107]) So Esser, Cramer und Behrends.

[108]) Hinsichtlich der übrigen Einwendungen gegen diese Theorie, die nicht immer stichhaltig sind, wie z. B.: es gäbe überhaupt keine Vorverträge, oder nur solche, die formbedürftig wären, wenn es der Hauptvertrag ist, ein obligatorischer Vertrag sei ohne Erzwingbarkeit nicht denkbar, verweise ich auf die gründlichen Darlegungen von Ulrich, S. 36, und Schulz, S. 53 ff.

Verlöbnisses der andere Verlobte zu ihnen bereits in ein gewisses personenrechtliches, verwandtschaftsähnliches Verhältnis getreten ist, das sie berechtigt und in gewissem Sinne verpflichtet, den Verlobten als zu ihnen gehörig zu behandeln und dementsprechende Aufwendungen zu machen. Werden sie dann in dieser Annahme getäuscht, wird das bereits bestehende verwandtschaftsähnliche Verhältnis ohne wichtigen Grund gelöst, so muß ihnen billigerweise auch ein Schadensersatzanspruch zustehen. Damit sind auch diese Einwände der Tatsächlichkeitstheoretiker zurückzuweisen.

So sehr aber die Theorie des familienrechtlichen Vertrages zum Verständns des Verlöbnisses beigetragen hat, kann ich sie doch nicht für richtig halten. Sie übersieht wiederum, daß neben den familienrechtlichen Wirkungen des Verlöbnisses auch eine andersartige, nämlich die Verpflichtung zur Eingehung der Ehe besteht. Es ist richtig, und es soll auch daran festgehalten werden, daß das Verlöbnis mit seinen beiden Rechtsfolgen, dem Brautstand und der Rechtspflicht zur Eingehung der Ehe als eine große Einheit angesehen werden muß. Das kann aber nicht verschließen, wie Schulz[109]) anzunehmen scheint, daß man die beiden Bestandteile, in die man das Verlöbnis doch nun einmal ohne Mühe zerlegen kann, im Hinblick auf ihre Richtung und Eigenart, wie vorhin bereits geschehen, prüft. Dann muß man aber feststellen, daß der eine Teil, nämlich die Rechtspflicht zur Eingehung der Ehe, als eine schuldrechtliche Verpflichtung zu behandeln, und daß der Brautstand familienrechtlicher Natur ist.[110]) Ich komme demnach zu dem Ergebnis, daß das Verlöbnis ein gemischt obligatorisch-familienrechtlicher Vertrag ist.

Das Verlöbnis als einen Vorvertrag anzusehen, ist m. E. nicht empfehlenswert. Denn dieser Vorvertrag müßte als Sicherungsgeschäft, — das ist das Wesen eines jeden Vorvertrages —, auf die Sicherung eines zukünftigen Vertragsabschlusses gerichtet sein. Dieses Tatbestandsmerkmal könnte man beim Verlöbnis wohl darin finden, daß der Zweck des Verlöbnisses, die Vorbereitung, die Anbahnung oder auch Sicherung des zukünftigen Eheschlusses ist. Wo bleibt aber bei einer solchen Auffassung die nicht zu übersehende Tatsache, daß das Verlöbnis auch für die Gegenwart Folgen hervorruft, der Wille der Parteien sogar auf etwas durchaus Gegenwärtiges, nämlich die Herbeiführung des Brautstandes gerichtet ist? Dieser Umstand dürfte sich doch wohl mit der Natur

[109]) Schulz, S. 70.

[110]) Daß das Verlöbnis deswegen nicht ein schuldrechtlicher Vertrag sein könne, weil ihm jedes Vermögensinteresse fehlt (so Dernburg, II, S. 3, IV, S. 2, Groeper, S. 61), dürfte wohl heute kaum noch behauptet werden. Auch für schuldrechtliche Verträge wird nach der herrschenden Lehre nicht mehr ein Vermögensinteesse, sondern nur noch ein „schutzwürdiges Interesse" verlangt. Daß ein solches vorliegt, ergibt sich aus den gesamten Erörterungen.

eines Vorvertrages schwerlich vereinen lassen.[111]) Zutreffend scheint mir insofern der Einwand von Stutz[112]) zu sein, der darauf hingewiesen hat, daß ja der Wille der Parteien beim Verlöbnis und bei der Ehe inhaltlich verschiedener Art ist, und schon deswegen ein Vorvertrag nicht vorliegen könne. Denn beim Vorvertrag wird doch nur **dasselbe** gewollt, wie beim Hauptvertrage, und zwar bei dem einen für die Zukunft, bei dem anderen für die Gegenwart. Beim Verlöbnis wird aber außer dem mit dem Ehewillen identischen noch ein anderer Wille geäußert, der mit dem zukünftigen Ehevertrag nichts zu tun hat. Im Gebiete des gemeinen Rechts hat das Reichsgericht[113]) deswegen eine Zweiteilung der Vertragsnatur des Verlöbnisses vorgenommen und es in der Weise definiert, daß einerseits, soweit das Eheversprechen in Frage kommt, ein Vorvertrag vorliegt, andererseits aber, soweit es sich um die Herbeiführung des Brautstandes handelt, ein Hauptvertrag gegeben ist. Diese Ansicht, der sich auch andere Schriftsteller angeschlossen haben,[114]) verkennt wiederum die Einheitlichkeit des Verlöbnisbegriffs. Die Teilung des Verlöbnisses in Brautstand und Eheversprechen soweit zu treiben, daß für jedes von beiden eine besondere Theorie aufgestellt wird und sie beide sogar als etwas Selbständiges angesehen werden, ist, wie ich bereits nachgewiesen habe, unrichtig. Das hieße, dem Wesen des Verlöbnisses als einem einheitlichen Institut Gewalt antun. Eine solche Definition würde auch bei keinem noch so verständigen Laien Billigung finden. Deshalb glaube ich die Theorie des gemischt obligatorisch-familienrechtlichen **Hauptvertrages** als die bessere ansehen zu dürfen.[115]) — Die gegen die Theorie erhobenen Einwände, insbesondere diejenigen, die auf die Schwierigkeiten ihrer Anwendung in der Praxis hinweisen, sind m. E. nicht stichhaltig. Die von den Gegnern immer wieder zitierten Entscheidungen des Reichsgerichts im 20. und 23. Bande sind im Geltungsbereich des gemeinen Rechts erlassen worden, in denen die Frage nach dem Erfüllungsort wegen der Klagemöglichkeit von großer Bedeutung war. Heute besteht über die Zuständigkeit der Gerichte bei Klagen aus den §§ 1298 ff. wenig oder gar kein Streit.[116])

[111]) A. M. Dorn, S. 47 ff., der aber hierin keine Schwierigkeit erblickt, da bei ihm der Brautstand erst sekundärer Natur ist.

[112]) Stutz, S. 41, ebenso Ulrich, S. 45 und Endemann, S. 151 a.

[113]) RG. Z. 35, S. 51.

[114]) So z. B. Dittenberger, S. 59.

[115]) Gleicher Ansicht Wolff, § 4 II. „Die Verlobung ist schuld- und familienrechtlicher Vertrag." v. Scheurl, S. 360 ff., Opet-v. Blume, § 1297. Donig, S. 27 ff.

[116]) Vgl. die Entscheidung des OLG. Cassel in JW. 1921 S. 1253, Nr. 10, das die Pflicht zur Eingehung der Ehe als Rechtspflicht, die Verletzung des Verlöbnisses daher als Vertragsverletzung angesehen hat und den Erfüllungsort nach

B. Die Anwendbarkeit der Vorschriften über Willenserklärung, Rechtsgeschäft und Vertrag im BGB. auf das Verlöbnis.

Bei Erörterung der Folgen der Vertragsnatur des Verlöbnisses, erhebt sich die bedeutende Frage, ob die allgemeinen Vorschriften über Willenserklärung, Rechtsgeschäft und Vertrag im allgemeinen Teil und im Recht der Schuldverhältnisse auch auf das Verlöbnis angewendet werden können und müssen. Hier sind es besonders die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit, Anfechtung und Bedingung, die einen heftigen Streit der Theorien hervorgerufen haben. Da nämlich nach der überwiegenden Meinung ein zwanzigjähriges Mädchen ohne Genehmigung des gesetzlichen Vertreters ein Verlöbnis nicht wirksam eingehen und beim unberechtigten Rücktritt des anderen Teils keinen Schadensersatz, vor allem nicht den aus § 1300 fordern kann, weil eben kein wirksames Verlöbnis vorliegt, hat Hellmann[117]) der Begründer der Deliktstheorie, die gesamte Vertragstheorie für unbillig, ja direkt falsch gehalten. Er sagt, eine solche Theorie **muß falsch** sein. Daß das nicht der Fall ist, und daß auch die übrigen Angriffe, die sich immer auf die angeblich unbilligen Auswirkungen der Vertragstheorie richten, unberechtigt sind, soll in folgendem nachgewiesen werden.

Vorweg sei bemerkt, daß keine zwingende Notwendigkeit besteht, sämtliche Vorschriften des Allgemeinen Teils auf das Verlöbnis anzuenden. Denn dieses läßt sich zufolge seines eigenartigen Charakters als eines gemischt obligatorisch-familienrechtlichen Vertrages mit stark sittlichen, sozialen Elementen nicht gleich einem anderen Rechtsgeschäft behandeln. Man könnte daher sehr wohl, um den Angriffen Hellmanns und seiner Anhänger aus dem Wege zu gehen, zu dem Ergebnis gelangen, daß ganze Gruppen von Bestimmungen, wie z. B. Geschäftsfähigkeit oder Anfechtung, auf das Verlöbnis keine Anwendung finden und das Verlöbnis trotzdem für einen Vertrag halten.[118]) Es wäre unrichtig, dem entgegenzuhalten, daß man dann von einem Vertrage nicht mehr sprechen könne, da ja solchenfalls das Verlöbnis der bedeutendsten

§ 29 ZPO. bestimmt. Die hiergegen gerichteten Einwände v. Blume's, ebenda, vermag ich nicht zu teilen, da er die Pflicht zur Eingehung der Ehe nicht als Rechtspflicht ansieht. Richtig ist dagegen auch nach seiner Ansicht die weitere Ausführung des OLG., daß für den Erfüllungsort nicht der für die Zukunft in Aussicht genommene Wohnsitz des Ehepaares zu gelten hat. v. Blume vertritt m. E. mit Recht dem OLG. gegenüber den Standpunkt, daß Erfüllungsort der Ort ist, an dem mangels einer Vereinbarung der Verkehrssitte die Ehe geschlossen zu werden pflegt. Das ist der Wohnsitz der Braut.

117) Hellmann, DJZ. 1901, S. 217 ff.

118) So Goldmann, S. 432, Dernburg, I, S. 333, und ihnen folgend Dorn, S. 57 ff.

auf es anwendbaren Bestimmungen entkleidet wäre. Dem gegenüber könnte gesagt werden, daß eben das Verlöbnis ein Vertrag von besonderer Art ist, der eine Sonderbehandlung erheischt, wie ja auch die Ehe Sonderbestimmungen aufzuweisen hat, die die Bestimmungen des Allgemeinen Teils z. T. abschwächen, z. T. verstärken.

§ 12. Die Geschäftsfähigkeit.

Es ist aber gar nicht notwendig, die Unanwendbarkeit gerade dieser Hauptbestimmungen festzustellen;[119]) denn sie führen durchaus nicht, wie von Hellmann behauptet wird, zu besonderen Unbilligkeiten. Gerade die Anwendung der Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit bietet im Gegenteil dem Minderjährigen einen nicht zu verkennenden Schutz, dessen er verlustig wird, wenn man mit Hellmann und Goldmann ihre Anwendbarkeit verneint.

Zunächst hat man gegen die Anwendung der §§ 107 ff. eingewandt, daß nach § 107 der beschränkt Geschäftsfähige nur zu solchen Willenserklärungen der Genehmigung des Vertreters bedarf, die ihm nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil einbringen. Das Gesetz kenne in dieser Bestimmung also nur Willenserklärungen, die entweder einen rechtlichen Vorteil oder einen rechtlichen Nachteil bringen. Das Verlöbnis bringe aber dem Minderjährigen keinen Nachteil. Im übrigen könne das Verlöbnis gar nicht unter diesem Gesichtspunkt betrachtet werden, denn es liege „jenseits von Vorteil und Nachteil in diesem Sinne."[120]) Diese Beweisführung ist unrichtig. Unverständlich ist, wieso nicht die Einteilung in rechtlichen Vorteil und rechtlichen Nachteil auch auf das Verlöbnis Anwendung finden könne. Damit ist noch nicht gesagt, daß dieser Nachteil unter dem Gesichtspunkt des **Vermögensinteresses** angesehen werden muß; nein im Gegenteil, es handelt sich lediglich um **rechtliche** Vorteile oder Nachteile. Deswegen ist ja auch ein noch so günstiger Kaufvertrag, den ein beschränkt Geschäftsfähiger ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters abschließt, unwirksam, allein aus dem Gesichtspunkte, weil eine rechtliche Bindung eintritt. Daß eine solche auch beim Verlöbnis eintritt, kann der umso weniger bestreiten, der wie Dorn auch die Pflicht zur Eingehung der Ehe als eine Rechtspflicht ansieht. Dorn glaubt diese Rechtspflicht aber nicht als rechtlichen Nachteil im Sinne des § 107 ansehen zu brauchen, weil die Verpflichtung erstens nicht klagbar ist, und andererseits auch, wenn die Einwilligung zur Eheschließung verweigert wird, erst erfüllbar ist, wenn der Minderjährige volljährig geworden ist. Diese Verpflichtung „kann daher . . . niemals den Minderjährigen ohne den Schutz

[119]) Ebenso Manigk „Willenserklärung und Willensgeschäft" S. 737.
[120]) So Goldmann, S. 432, ihm folgend Dorn, S. 65.

seines gesetzlichen Vertreters treffen."[121]) Auch hiermit kann Dorn nicht durchdringen. Denn bei einem anderen Rechtsgeschäft ist der Minderjährige ebenfalls gegen die Erfüllung durch die hierzu noch besonders erforderliche Zustimmung des Vertreters geschützt; das Wesentliche ist ja gerade, daß er sich nicht einmal wirksam verpflichten kann. Ebenso liegt es beim Verlöbnis. Die Tatsache, daß er noch gegen die Erfüllung der Rechtspflicht zur Eingehung der Ehe durch die außerdem erforderliche Genehmigung des Vertreters geschützt ist, verschließt nicht die Annahme, daß trotzdem eine Verpflichtung vorliegen würde, die ihm nicht nur rechtlichen Vorteil einbringt. In diesem Sinne haben sich auch die Mehrzahl der Schriftsteller, sowie die Gerichte ausgesprochen.[122])

Hellmann führt zum Beweise der Richtigkeit seiner Ansicht und der Unmöglichkeit der Vertragstheorie folgendes Beispiel an: Ein Mädchen von zwanzig Jahren, das vom Vormund nach § 113 zum Diensteintritt berechtigt ist und eine auskömmliche Stellung gefunden hat, gibt diese Stellung, um der bevorstehenden Verehelichung mit einem anscheinend alle Garantien einer Versorgung bietenden Manne willen auf, mit dem sie sich kurz zuvor verlobt hatte. Ihr Bräutigam verläßt sie jedoch um einer Reicheren willen, nachdem sie ihm vielleicht noch die Beiwohnung gestattet hatte. Hellmann[123]) meint: „Ist etwa ihr Kummer geringer, ihr Schaden oder ihre Schande kleiner, als wenn sie vielleicht noch einen Monat (bis zu ihrer Volljährigkeit) mit der Verlobung gewartet, oder die Genehmigung des Vormundes eingeholt hätte?" Hellmann verkennt aber nicht, daß in diesem Falle dem Mädchen durch die nachträgliche Genehmigung des Verlöbnisses durch den Vormund gemäß § 108 geholfen werden kann, indem dann gemäß § 184 das Verlöbnis als von Anfang an wirksam anzusehen ist. Er meint aber weiter, daß die Möglichkeit dann entfällt, wenn die Genehmigung gegenüber dem anderen Verlobten bereits verweigert, oder der Widerruf von seiner Seite vor erteilter Genehmigung vollzogen worden war. Damit ist nun aber nicht gesagt, was von Hellmann und Goldmann übersehen wird, daß der minderjährige Teil vollkommen schutzlos ist. Denn wenn der Vormund die Genehmigung des Verlöbnisses verweigert, die Parteien aber trotzdem an ihrem Willen, zukünftig die Ehe miteinander einzugehen, festhalten, so entsteht ein neuer genehmigungsbedürftiger Verlobungsvertrag.[124]) Diesen Verlobungsvertrag kann dann die Braut selbst nach erfolgter Volljährigkeit genehmigen. Ja sogar der Vormund hat die Möglichkeit, trotz der bereits verweigerten

[121]) Dorn, S. 64.
[122]) Vgl. Enneccerus, § 142, II, 1, c.
[123]) Hellmann, DJZ. 1901, S. 218.
[124]) So RG. JW. 1906, S. 9, Nr. 1. Breit, Geschäftsfähigkeit, S. 222, Jancke, S. 39.

Genehmigung des früheren Verlobungsvertrages, diesen neuen Vertrag mit Rückwirkung zu genehmigen.[125]) In diesem Falle ständen auch dem verlassenen Mädchen die Schadensersatzansprüche aus den §§ 1298 ff. zu. — Ebenso enthält die Möglichkeit des Widerrufs durch den anderen Teil vor erfolgter Genehmigung keine besondere Gefährdung der Interessen des minderjährigen Teils. Denn nach § 109, Abs. 2, kann der Widerruf nur in zwei genau bezeichneten Fällen erfolgen, die gerade bei einem Verlöbnis in den allerseltensten Fällen, oder wohl niemals zutreffen werden. Der andere Teil kann nämlich überhaupt nicht widerrufen, wenn er, was doch wohl stets vorliegen wird, das Alter der Braut, d. h. ihre Minderjährigkeit, gekannt hat. Schon insofern ist die minderjährige Braut vor dem Verlust der Schadensersatzansprüche geschützt. In dem anderen Falle ist das Widerrufsrecht an die Voraussetzung geknüpft, daß dem anderen Teil gegenüber, der die Minderjährigkeit kennt, der Wahrheit zuwider die Einwilligung des Vertreters behauptet wird. Der andere Teil kann aber auch hier nicht widerrufen, wenn er, was dann wohl stets der Fall sein wird, das Fehlen der Einwilligung gekannt hat. „Ein Schaden infolge rechtmäßig erfolgten Widerrufs wird also die Braut nur treffen, wenn sie den Bräutigam über ihre Minderjährigkeit im Unklaren gelassen oder über die Versagung der Zustimmung ihres Vertreters getäuscht hat, und dann hat sie sich den Schaden selbst zuzuschreiben."[126]) Dieses Ergebnis ist in jeder Beziehung zu billigen, und enthält durchaus keine Härten. — Wenn allerdings die Beziehungen zu dem bereits geschädigten Mädchen nach Verweigerung der Genehmigung von dem anderen Teil abgebrochen, ein neuer genehmigungsbedürftiger Vertrag also nicht geschlossen wird, auch dann ist eine Schlechterstellung gegenüber der Volljährigen nicht vorhanden. Denn in diesem Falle müßte die Auflösung des Verlöbnisses als ein wichtiger Grund zum Rücktritt gelten. Selbst wenn man mit Hellmann den § 107 nicht anwendet, könnte dem minderjährigen Mädchen hier nicht geholfen werden, da dem Bräutigam trotz der dann gesetzlich unbeachtlichen Einwilligung des Vertreters nicht zugemutet werden kann, das Verlöbnis gegen den Willen der Eltern aufrecht zu erhalten. Auch hier würde sein Rücktritt als aus wichtigem Grunde erfolgt angesehen werden müssen. — Es ergibt sich also, daß das von Hellmann gewählte Beispiel durchaus nicht geeignet ist, die Unmöglichkeit der Vertragstheorie darzulegen. Die Anwendung der Vorschriften über Geschäftsfähigkeit enthält durchaus keine unbillige Härte.

Wiederholt ist dagegen schon darauf hingewiesen worden, daß gerade durch die Anwendung der Vorschriften über die Geschäfts-

[125]) Ebenso das von Jancke zitierte Urteil des LG. Konitz v. 21. 2. 1906, Jur. Mon.-Schr. für Posen usw. 1906, S. 70.

[126]) Jancke, S. 40.

fähigkeit der minderjährige Teil unter Umständen vor großem Schaden bewahrt wird. Man stelle sich nur einmal den in unseren Tagen gar nicht so seltenen Fall vor, daß ein 19- oder 20jähriger junger Mann sich mit einem bedeutend älteren Mädchen in ein Liebesverhältnis einläßt, das dann nachher ohne Genehmigung des gesetzlichen Vertreters zur Verlobung führt. Noch vor seiner Volljährigkeit sieht der junge Mann ein, daß an ein gedeihliches Zusammenleben mit seiner „Braut" nicht zu denken ist, und löst daher die Verlobung auf. Sollte hier der Minderjährige schadensersatzpflichtig sein, obwohl sich doch jedermann sagen muß, daß die Braut vermöge ihrer weit größeren Einsicht den Schaden hätte abwenden können? Nach Hellmann müßte er sämtlichen Schaden ersetzen. Dieses unbillige Ergebnis vermeidet die Vertragstheorie, indem sie den § 107 für anwendbar erklärt. Aus diesem Grunde erscheint die Vertragstheorie mit ihren Folgen sogar empfehlenswert.

Unrichtig sind auch die Schlüsse, die Dorn[127]) mit allerdings eingehender Begründung aus dem § 1504 BGB. ziehen zu müssen glaubt. Nach ihm folgt aus § 1304 mit Deutlichkeit, daß das Verlöbnis unabhängig von der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters sein muß. „Denn die Einwilligung oder Verweigerung der Eheschließung kann eben nur einem Verlobten erteilt werden. Wäre also schon das Verlöbnis auf Grund der Nichtgenehmigung unwirksam, so könnte vom Betreiben einer Eheschließung, das begriffsnotwendig ein Verlöbnis voraussetzt, überhaupt nicht die Rede sein; m. a. Worten: indem das Gesetz von den **Verlobten** vor Eingehung der Ehe die Einwilligung nach § 1304 verlangt, beweist es, daß das Verlöbnis selbst von dieser Einwilligung nicht abhängig sein kann; denn die Nichteinwilligung in die Eheschließung wird sich regelmäßig mit derjenigen in das Verlöbnis decken." Dem ist entgegenzuhalten, daß die Einwilligung zur Eheschließung durchaus nicht so, daß der Vertreter, der seine Zustimmung zur Verlobung. Ein gesetzlicher Vertreter, der gegen eine Verlobung seines Mündels schon vor der Volljährigkeit nichts einzuwenden hatte, kann sehr gut gegen eine Eheschließung vor Eintritt der Volljährigkeit sein, weil z. B. der Gesundheitszustand des Mündels eine Eheschließung z. Z. nicht zuläßt, oder weil inzwischen noch behebbare Vermögensnachteile eingetreten sind. Es verhält sich also durchaus nicht so, daß der Vertreter, der seine Zustimmung zur Verlobung gegeben hat, unbedingt auch mit der Eheschließung einverstanden sein muß. Der Schluß, weil die Ehe genehmigungspflichtig sei, brauche das Verlöbnis nicht genehmigt zu werden, weil hiermit zweimal dasselbe genehmigt werden würde, ist also nicht zutreffend. Zudem ergibt sich die Genehmigungsbedürftigkeit der Ehe bereits aus den allgemeinen Grundsätzen des § 107; dessen

[127]) Dorn, S. 67 ff.

nochmalige Anführung im Eherecht ist nur der Rechtssicherheit wegen erfolgt, und vor allem, um den Gegensatz zum früheren Recht hervorzuheben.[128]) Somit ist durch § 1304 durchaus nicht bewiesen, daß die Verlobung nicht genehmigungspflichtig ist.

Andererseits vermag das Beispiel, das Nathan[129]) zum Nachweis der Unhaltbarkeit der Vertragstheorie wegen ihrer Auswirkungen konstruiert hat, die Vertragstheorie nicht zu erschüttern. Es handelt sich hierbei um eine sogen. Kinderverlobung:

Ein vierzehnjähriges Mädchen verlobt sich auf Zureden der Eltern und ohne Zuneigung zu ihrem Bräutigam unter Einwilligung ihres Vaters als gesetzlichen Vertreters. Sie veranlaßt, indem sie sich während des Verlöbnisses in ein Liebesverhältnis mit einem anderen einläßt, ihren Verlobten zum Rücktritt. Da dieser größere Aufwendungen für die demnächstige Ehe gemacht hat, kann er nunmehr von seiner Braut Schadensersatz verlangen, und diese Vermögensschädigung kann nach der Vertragstheorie von dem Mädchen nicht abgewandt werden.

Man braucht zur Widerlegung dieser Ansicht gar nicht zu der Erklärung Groepers[130]) zu greifen, der dem Kinde einen wichtigen Grund zum Rücktritt geben will, weil „ein Kind unter starker Beeinflussung durch Dritte ein nicht ernst zu nehmendes Eheversprechen abgegeben habe." Der Feststellung, daß hier ein wichtiger Grund zum Rücktritt vorliegt, bedarf es nicht; denn ein wirksames Eheversprechen liegt überhaupt nicht vor. Die Anwendung der allgemeinen Vorschriften über Geschäftsfähigkeit darf nicht in so weitgehendem Maße erfolgen, daß dadurch dem Wesen des Verlöbnisses Zwang angetan wird. Da das Verlöbnis wegen seiner besonderen familienrechtlichen Gestaltung nicht gleich einem anderen Rechtsgeschäft behandelt werden kann, und eine zwingende Notwendigkeit dazu gar nicht einmal vorliegt, kann man sehr wohl sagen, daß sich überhaupt nur derjenige verloben kann, „der wirklich nach seiner ganzen Persönlichkeit dazu imstande ist, eine **Ehe** zu versprechen, der also das Verständnis dessen hat, wozu er sich verpflichtet, und der andererseits imstande ist, in den „Brautstand" zu treten, als in ein gegenwärtiges Familienrechtsverhältnis mit Rechten und Pflichten, von denen er, mögen sie ihm im einzelnen auch unbekannt sein, doch auch eine gewisse Vorstellung haben muß."[131]) Verloben kann sich also nur derjenige, der die

[128]) § 29 PStG.; die gleiche Begründung hat Endemann, § 151 a, Anm. 12, b, gegeben.

[129]) Nathan, S. 76.

[130]) Groeper, S. 45.

[131] und [132]) Diese durchaus zu billigenden Sätze stammen von Dorn, S. 70, der aber als Anhänger der Familienrechtstheorie die §§ 107 ff. aus anderen Gründen überhaupt nicht anwenden will. Seine Bemühungen, auch durch diese Argumente die Richtigkeit seiner Vertragstheorie, die sich insbesondere durch Nichtanwendung der gesamten Vorschriften über die Geschäfts-

hierzu nötige Einsicht hat.[132]) Wann diese vorliegt, kann immer nur von Fall zu Fall entschieden werden. — Endemann[133]) versucht, die Möglichkeit von Kinderverlobungen dadurch abzuschneiden, daß er die Festsetzung eines bestimmten Mindestalters vorschlägt, und als solches die Ehemündigkeit bezeichnet. M. E. hat hiergegen Wolff[134]) mit Recht geltend gemacht, daß die Forderung eines Mindestalters für die Eingehung der Ehe im § 1303 zum großen Teil aus sozial-hygienischen Gründen aufgestellt ist, die beim Verlöbnis wegen des Fehlens der Geschlechtsgemeinschaft fortfallen. Die Lösung, als einen bestimmten Zeitpunkt für die Gewähr der erforderlichen Einsicht das Alter der Ehemündigkeit zu erklären, geht auch schon ihrer praktischen Folgen wegen fehl. Die Frage Wolffs, weswegen ein zwanzigjähriger Mann der Einsicht entbehren sollte, die einem sechzehnjährigen Mädchen zugesprochen wird, ist durchaus treffend und berechtigt. Es ist also daran festzuhalten, daß das Vorliegen der nötigen Einsicht nicht allgemein bestimmt, sondern vom Richter entschieden werden muß. — Damit ist aber auch dieser Einwand der Tatsächlichkeitstheoretiker widerlegt.

Als Ergebnis muß daher festgestellt werden, daß die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit des Allgemeinen Teils auch auf das Verlöbnis Anwendung finden.[135]) Eine Einschränkung erfährt ihre Anwendung insofern, als ein Minderjähriger, der noch nicht die nötige Einsicht von dem Wesen und der Bedeutung des Verlöbnisses hat, sich auch mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht wirksam verloben kann.[136])

§ 13. Stellvertretung und Nebenbestimmungen. (Bedingung und Befristung).

Des weiteren ist streitig, ob die Vorschriften über Stellvertretung anwendbar sind. Zu beachten ist hierbei, daß eine bloße Uebermittlung des Verlobungsantrages ohne Zweifel als zulässig

fähigkeit und Anfechtung auszeichnet, darzulegen, müssen nach den Textausführungen als gescheitert angesehen werden. Denn die Anwendung der §§ 107 ff. zwingt keineswegs zu einer strengen Durchführung der in ihnen enthaltenen Grundsätze, somit auch nicht zur Zulassung von Kinderverlobungen. Die besondere Natur des Verlöbnisses rechtfertigt eben die Feststellung, daß sich auch mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nur derjenige Minderjährige verloben kann, der dazu die erforderliche Einsicht hat.

[133]) Endemann, § 151 a, Anm. 16.

[134]) Wolff, § 5, III, Anm. 6.

[135]) So die herrschende Lehre, vgl. Staudinger, Vorbem. zu § 1297, III, a, und die dort Angeführten.

[136]) Bezüglich der Ansicht des Reichsgerichts in Strafsachen, das auch eine vom Vertreter nicht genehmigte Verlobung als ein rechtswirksames Verlöbnis ansieht und deswegen die Vorschriften des öffentlichen Rechts auch in diesen Fällen anwendet, vgl. unten, S. 62 f.

anzusehen ist. Der Vermittler tritt dann lediglich als Bote auf, und gibt die Willenserklärung eines anderen weiter. Es liegt also gar keine Stellvertretung vor. Hierin dürfte kaum ein Widerspruch gegen die allgemeine Sitte zu finden sein. — Anders verhält es sich allerdings, wenn keine bloße Uebermittlung von Willenserklärungen stattfindet, sondern echte Stellvertretung vorliegt, der Dritte also **eigene** Erklärungen abgibt, die nur einen anderen treffen sollen. Hierbei muß die höchstpersönliche Natur des Verlöbnisses und das durch seinen Abschluß entstehende familienrechtliche Verhältnis berücksichtigt und aus diesem Grunde die Stellvertretung als gegen die Natur des Verlöbnisses und das allgemeine Volksempfinden verstoßend für unzulässig erklärt werden. Stutz[137]) meint jedoch, daß eine Stellvertretung in gewissen Fällen durchaus notwendig und gar nicht so sittenwidrig sei. Er gibt als Beispiel den Fall, daß ein im tiefsten Afrika lebender Missionar seinen Freund nach Deutschland auf die Brautsuche schickt. Das von diesem gefundene, zur Eingehung der Ehe mit dem Missionar bereite Mädchen soll nach seiner Meinung ungerechtfertigter Weise geschädigt sein, wenn der Missionar nach ihrer Ankunft in Afrika die Eheschließung, überhaupt die Verlobung verweigert. Er will deshalb die Vorschriften über die Stellvertretung anwenden, und läßt das Verlöbnis im Augenblick des Abschlusses mit dem Freunde entstanden sein. M. E. trifft das Mädchen kein Schade, den sie sich nicht selbst zuzuschreiben hätte. Eine solche Behandlung der Verlobung, der Vorbereitung zu einer zukünftigen Ehe, kann nicht anders als leichtfertig bezeichnet werden. Ich kann mir auch nicht vorstellen, daß ein Mädchen nur auf die Erklärung hin, in Afrika wolle sie jemand heiraten, sich sofort dorthin aufmacht, ohne vorher mit dem zukünftigen Verlobten und Ehegatten in Verbindung getreten zu sein. Vor allem dürfte, selbst wenn ein solcher Fall einmal eintreten sollte, das Mädchen selbst sich nicht als Braut betrachten; auch von der allgemeinen Volksauffassung wird wohl eine solche Abrede nicht als Verlobung, und ein solches Verhältnis nicht als Brautstand angesehen werden. Eine Stellvertretung in der Erklärung des Verlobungswillens widerspricht dem Volksempfinden[138]) und seine Zulassung ist auch nicht zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse erforderlich. Das Mädchen hätte sehr gut einen schriftlichen Antrag abwarten können.

Auch die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen, Bedingung und Zeitbestimmung, ist nicht unbestritten. Man wird aber wohl ganz allgemein sagen können, daß ihrer Anwendung nichts im

[137]) Stutz, S. 71 ff.

[138]) Wie hier im Ergebnis Planck, Vorbem. § 1297, 3, b, Wolff, § 5, III, Staudinger, vor § 1297, III, d, Crome, S. 197, Dittenberger, S. 65, und zahlreiche Dissertationen.

Wege steht, da die Fälle,[139]) in denen die Beifügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung unzulässig ist, vom Gesetz genau angegeben sind.[140]) Zu prüfen ist nur in jedem Falle, ob die Hinzufügung der Bedingung, insbesondere deren Art, nicht dem Wesen des Verlöbnisses zuwiderläuft und somit als gegen die guten Sitten verstoßend gemäß § 138 Abs. 1 nichtig ist.[141]) Mit Recht wird von der herrschenden Lehre die Hinzufügung eines Endtermins für unzulässig gehalten. Das Verlöbnis ist dazu bestimmt, in die Ehe auszumünden; damit ist unvereinbar, daß es nach einer bestimmten Zeit endigen soll.[142]) — Ebenso, wie dem Verlöbnis selbst eine Bedingung beigefügt werden kann, ist auch eine Verlobung möglich, bei der die **Eheschließung** von einer Bedingung oder Zeitbestimmung abhängig gemacht wird.[143]) Dann ist aber das Verlöbnis selbst unbedingt.

§ 14. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.

Gegen die Anwendung der allgemeinen Vorschriften über die Nichtigkeit dürfte sich kaum ein ernstlicher Widerspruch erheben. Die Mentalreservation ist unbeachtlich, ein simuliertes und im Scherz eingegangenes Verlöbnis ist nichtig.[144]) [145])

Hingegen sind die Vorschriften über die Anfechtbarkeit neben denjenigen über die Geschäftsfähigkeit einer der Hauptangriffspunkte der Tatsächlichkeitstheorie gegen die Vertragstheorie gewesen. Die Vertragstheoretiker halten sie fast durchweg für anwendbar. Einige[146]) sind der Ansicht, daß die Vorschriften über die Anfechtung kaum jemals benutzt, sondern regelmäßig der Rücktritt gewählt werden würde. Goldmann nimmt sogar an, daß die Vorschriften über den Rücktritt im Verlöbnisrecht gegenüber

[139]) Vgl. §§ 388, 925, 1317, 1598, 1724, 1742, 1768 usw.

[140]) Ebenso Staudinger, vor § 1297, III, c.

[141]) So hält z. B. Wolff mit Recht ein Verlöbnis unter der Bedingung, daß der Geschlechtsverkehr Folgen habe, für unsittlich. (§ 5, Anm. 11.)

[142]) Vgl. Staudinger, vor § 1297, III, c, und die dort Angeführten. A. M. Jancke, S. 50, der aber zu diesem Ergebnis nur zufolge einer Verkennung des Unterschiedes zwischen Bedingung und Zeitbestimmungen gelangt. In dem von ihm gegebenen Fall: Die Verlobung soll nach drei Jahren ohne weiteres endigen, wenn der Bräutigam keine Stellung erlangt, handelt es sich um eine Bedingung. Das Verlöbnis ist hier auflösend bedingt durch den Erwerb eines Berufs innerhalb von drei Jahren. Eine solche Bedingung ist natürlich zulässig.

[143]) Vgl. hierzu Staudinger, vor § 1297, III, c, und RG. Z. 80, S. 88 ff.

[144]) So die h. L., vgl. Staudinger, vor § 1297, VI. und die dort Angeführten.

[145]) Hinsichtlich des Standpunktes des Reichsgerichts, das in Strafsachen ein Verlöbnis, bei dem der eine Teil unter Mentalreservation seine Verlobungserklärung abgegeben hatte, nicht als Verlöbnis behandelt, vgl. unten S. 62 f.

[146]) Schmidt, S. 12, Goldmann, S. 433.

den Anfechtungsvorschriften lex specialis seien. Die Vertreter der Tatsächlichkeitstheorie halten die Anwendung der Anfechtungsvorschriften deswegen nicht für möglich, weil sie zu einem unbilligen, den Vorschriften über den Rücktritt widersprechenden Ergebnis führen würde. Nathan[147]) führt folgendes Beispiel an: Ein Verlobter befindet sich bei Abgabe der Verlöbniserklärung über wesentliche Eigenschaften des anderen Verlobten (Alter, Religion) im Irrtum, welch letzterer das Nichtvorhandensein eines solchen Irrtums annehmen konnte. Nach Entdeckung des Irrtums ficht der Irrende unverzüglich nach § 119, Abs. 2 an. Er führt dann aus: „Da, wie regelmäßig, nur die Eltern des anderen Verlobten Aufwendungen in Erwartung der Ehe gemacht haben, so ergibt sich . . . folgendes Resultat: Würde der Irrende vom Verlöbnis zurücktreten, so wäre er nach § 1298 den Eltern ersatzpflichtig. So aber hat er nach § 122 lediglich dem anderen Verlobten, dem gegenüber die Verlobungserklärung erfolgt ist, den Schaden zu ersetzen, den dieser durch das Vertrauen auf die Gültigkeit der Verlobungserklärung erleidet. Diese Ersatzpflicht darf indes nicht über das Interesse hinausgehen, welches der andere Verlobte an der Gültigkeit der Verlobung hat, und da für dieses wiederum § 1298 maßgebend ist, treffen den Irrenden keinerlei vermögensrechtliche Nachteile." Da ihm dieses Ergebnis nicht haltbar erscheint, lehnt er die Anwendbarkeit der Anfechtungsvorschriften ab. Diese Ansicht, die ich für die richtige halte, bedarf allerdings einer eingehenden Begründung. Zunächst kann es fraglich erscheinen, ob die Folgerungen, die Nathan zieht, überhaupt gezogen werden können und müssen. Es erhebt sich vor allem die Frage, ob denn überhaupt ein Anfechtungsrecht denkbar ist, das nicht zugleich einen wichtigen Grund zum Rücktritt darstellen würde. Ist das der Fall, so würde wohl niemand das Verlöbnis anfechten, sondern immer nur den Rücktritt erklären, da er bei Anfechtung schadensersatzpflichtig wäre, beim Rücktritt nicht.[148]) Unbedenklich ist diese Identität zwischen Anfechtungs- und Rücktrittsrecht aus einem wichtigen Grunde bei arglistiger Täuschung und Drohung anzunehmen. Demjenigen, der durch arglistige Täuschung oder durch Drohung zur Abgabe der Verlöbniserklärung bestimmt worden ist, kann unmöglich zugemutet werden, das Verlöbnis aufrecht zu erhalten, noch viel weniger aber, die Ehe mit ihm einzugehen. Die Möglichkeit einer Anfechtung aus § 123 festzustellen ist also schon aus praktischen Gründen wegen der verschiedenartigen Regelung der Schadensersatzfolgen nicht notwendig. Die Vorschriften über den

[147]) Nathan, S. 76 ff.

[148]) Bemerkt werden soll noch nebenbei, daß von einer „Anfechtung" eines Verlöbnisses auch niemals gesprochen wird. Das Verlöbnis wird „aufgelöst". Im gewöhnlichen Leben wird also schwerlich festzustellen sein, ob der Rücktritt erklärt ist, oder ob das Verlöbnis angefochten werden sollte, es sei denn, daß vorher eine juristische Beratung stattgefunden hätte.

Rücktritt im Verlöbnisrecht gehen ihnen vor, sie sind lex specialis. — Die Verschiedenheit der Anfechtung wegen Irrtums und des Rücktritts aus gleichem Grunde hat Planck[149]) darzulegen versucht. Er prüft zunächst, wie der Begriff eines wichtigen Grundes für einen Rücktritt aufzufassen ist und fragt sich: „genügt es, daß der Rücktritt an sich gerechtfertigt ist, oder muß der Rücktritt ohne Ersatz des in dem § 1298 bestimmten Schaden als gerechtfertigt angesehen werden?" Planck entschließt sich mit Rücksicht auf den Gedanken des § 1298 zu der letzten Auffassung. Er gibt zu, daß man demjenigen, „der über den Inhalt einer von ihm abgegebenen Verlöbniserklärung nach Maßgabe des § 119 im Irrtum war, nie einen sittlichen Vorwurf daraus wird machen können, wenn er von einer solchen Verlöbniserklärung zurücktritt." Fehl geht sein weiterer Versuch jedoch, den Rücktritt trotz der sittlichen Berechtigung für unmöglich zu erklären, weil es unbillig wäre, wenn der Schadensersatzanspruch negiert würde. Er führt aus: „Wenn den Erklärenden aber bei der Abgabe der Erklärung ein Verschulden trifft, so fordert die Billigkeit, daß er dem anderen Teile den Schaden ersetzt, welchen dieser dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut hat. Man kann daher sagen, daß in einem solchen Falle im Sinne des § 1298, Abs. 3, ein den Rücktritt, d. h. den Rücktritt ohne Ersatz, rechtfertigender wichtiger Grund nicht vorliegt." Seine Folgerung ist also: liegt ein Verschulden des Irrenden nicht vor, so hat er einen wichtigen Rücktrittsgrund; eine Verschiedenheit des Anfechtungsrechts und des Rücktritts läge also nicht vor. Fällt dagegen dem Irrenden ein Verschulden zur Last, so hat er kein Rücktrittsrecht aus wichtigem Grunde, müßte also an sich auch den Eltern und Dritten den Schaden ersetzen. In diesem Falle soll dann unter Umgehung dieser weitergehenden Schadensersatzfolgen an Eltern und Dritte die Anfechtung möglich sein. — Dieser Auffassung, die auch von Dittenberger[150]) vertreten wird, ist entgegenzuhalten, daß die Verschuldensfrage dem Anfechtungsrecht fremd ist. Die Ersatzpflicht aus § 122 tritt auch dann ein, wenn der Erklärende durch keinerlei Fahrlässigkeit — diese kommt hierbei überhaupt nur in Frage — den Irrtum herbeigeführt hat. Denn es soll der schuldlose Empfänger einer irrtümlich abgegebenen Willenserklärung im Interesse der Verkehrssicherheit geschützt werden. Hierbei spielt die Frage des Verschuldens keine Rolle. Diese Unterscheidung ist dann auch mit Recht von Jancke[151]) abgelehnt worden. Dieser kommt jedoch zu dem ganz unbegründeten Resultat, daß jeder, der einen Anfechtungsgrund hat, eben zur Auflösung des Verlöbnisses nur die Anfechtung des Verlöbnisses vornehmen kann. Er wendet sich

[148]) Bemerkt werden soll noch nebenbei, daß von einer „Anfechtung" eines
[149]) Planck, § 1298, 7, α, β, S. 14.
[150]) Dittenberger, S. 78.
[151]) Jancke, S. 55 ff.

dagegen, daß derjenige, der ohne „Verschulden" eine irrtümliche Willenserklärung abgegeben hat, besser gestellt wird als derjenige, der „schuldhaft" sich im Irrtum befindet. Der eine könnte nämlich den Rücktritt erklären und wäre, da ein wichtiger Grund (schuldloser Irrtum) vorliegt, nicht schadenersatzpflichtig; der andere müßte anfechten und gemäß § 122 Ersatz leisten. Daß aber sein Ergebnis noch viel unbilliger ist, übersieht er. Warum soll denn derjenige, der sich „schuldlos" im Irrtum befindet, unbedingt das Verlöbnis nur anfechten können? Es steht ihm doch gemäß § 1298 gesetzlich zu, vom Verlöbnis aus einem wichtigen Grunde zurückzutreten. (Voraussetzung ist hierbei natürlich, daß jeder Anfechtungsgrund, wenn er „schuldlos" vorliegt, auch einen wichtigen Grund zum Rücktritt darstellt. Das wird man aber ohne Bedenken mit Planck annehmen können.) Was berechtigt denn Jancke zu dem Schluß: „Will der Anfechtungsberechtigte überhaupt die Gründe, die ihn zur Anfechtung berechtigen, zur Lösung des Verlöbnisses benutzen, so muß er eben anfechten."? Im Gesetz befindet sich nur die Bestimmung, daß man aus einem wichtigen Grunde ohne Schadenersatzfolgen **zurücktreten** kann. Wenn ein Anfechtungsrecht einen wichtigen Grund darstellt, und das wird es, wie bereits gesagt, dann sein, wenn der Irrtum „unverschuldet" ist, dann kann eben ohne die Folgen des § 122, also ohne Schadensersatzpflicht zurückgetreten werden. Jancke übersieht auch, daß dann derjenige ungebührlich im Vorteil ist, der sich zwar im Irrtum befunden, aber trotzdem keinen wichtigen Rücktrittsgrund hat (weil der Irrtum vielleicht ein „schuldhafter" war); zu diesem Ergebnis gelangt man, wenn man, wie Jancke, nicht alle Anfechtungsgründe als einen wichtigen Grund zum Rücktritt ansieht. Hier trifft dann der Fall zu, den Nathan gebildet hat. Der Anfechtende hätte dem Gegner nur nach § 122 den Schaden zu ersetzen, während er sonst beim Rücktritt, da er ohne Grund erfolgt, auch den Eltern und Dritten schadenersatzpflichtig wäre. Wodurch sollte diese Besserstellung gerechtfertigt sein? Die Anwendung der Anfechtungsvorschriften würde in einem solchen Falle geradezu zu einer Umgehung der im § 1298 vorgesehenen Bestimmungen führen. — Zu erwägen ist auch noch folgendes: Nimmt man mit Planck an, daß ein schuldloser Irrtum gleichzeitig ein wichtiger Rücktrittsgrund ist, so muß man zu dem Ergebnis kommen, daß die Anwendung der Vorschriften über die Anfechtung wegen der Schadenersatzpflicht aus § 122, die im § 1298, Abs. 3, gerade beseitigt ist, nicht geboten erscheint. Insoweit kollidieren geradezu die Bestimmungen über die Anfechtung mit den Rücktrittsvorschriften. Man wird also in diesen Fällen genau wie oben bei der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und Drohung die Vorschriften über den Rücktritt im Verlöbnisrecht als lex specialis ansehen müssen. Dann ergibt sich aber, daß aus dem gesamten Gebiet der Anfechtungsmöglichkeiten nur ein ganz kleiner Teil der Anfech-

tungsgründe nicht zugleich einen wichtigen Rücktrittsgrund darstellen. Es würde also überhaupt nur hinsichtlich dieser „schuldhaft" herbeigeführten Irrtümer eine Anfechtung praktisch denkbar sein. An sich müßte der also Irrende, da ein wichtiger Grund nicht vorliegt, auch den Eltern und Dritten Ersatz leisten; da er aber nebenbei noch ein Anfechtungsrecht hat, ist er nur dem Gegner ersatzpflichtig. Also nur, weil in einigen, höchst seltenen Fällen, in denen der Anfechtungsgrund wegen eines Verschuldens des Irrenden nicht zu einer sittlichen Berechtigung, vom Verlöbnis aus einem wichtigen Grunde zurückzutreten, führt, sollen die gesamten sonst praktisch unbrauchbaren Vorschriften über die Anfechtung neben dem Rücktritt zugelassen werden. Das Ergebnis erscheint um so sonderbarer, als ja vom Standpunkte des § 1298 aus der zurücktretende Teil an sich schadensersatzpflichtig, die Schadensersatzpflicht doch ein Schutz des verlassenen Teils sein soll. Nur in den Fällen, in denen ein wichtiger Grund vorliegt, wird von dieser Regel abgesehen. Ist denn nun der Irrtum, der keinen wichtigen Grund bildet, weil er verschuldet ist, ein so besonderer Grund, daß der Irrende, trotzdem ein wichtiger Grund nicht vorliegt, doch nicht in dem Umfange des § 1298 schadensersatzpflichtig sein soll? Ist denn in einem solchen doch sicherlich nicht häufigen Fall ein besonderer Schutz des Irrenden notwendig? M. E. ist hierauf zu antworten: Wer sich im Irrtum über seine Verlobungserklärung befindet, oder über die Person des Verlobten irrt, und sich diesen Irrtum selbst zuzuschreiben hat, braucht nicht besonders geschützt zu werden. Er kann sehr wohl, da er eben keinen wichtigen Grund zum Rücktritt hat, auch den Eltern und Dritten den entstandenen Schaden in dem in den §§ 1298 ff. vorgesehenen Umfang ersetzen. Es muß daher festgestellt werden, daß die Vorschriften über die Anfechtung von Rechtsgeschäften auf das Verlöbnis nicht zur Anwendung kommen, sondern daß vom Verlöbnis nur **zurückgetreten** werden kann.[152])

Zu dem gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man für das Anfechtungsrecht, wie einige wollen,[153]) die einschlägigen Bestimmungen des Eherechts entsprechend und die allgemeinen Anfechtungsmöglichkeiten einschränkend anwendet. Denn wenn man eine Anfechtung des Verlöbnisses nur dann zuläßt, wenn auch ein Eheanfechtungsgrund vorliegen würde, so wäre erst recht eine Zulassung der Anfechtung unnötig, und ebenso den Rücktrittsbestimmungen widersprechend. Es ist nicht zu bezweifeln, daß jeder Eheanfechtungsgrund auch einen wichtigen Grund zum Rücktritt vom

[152]) Ebenso Dorn, S. 72 f., allerdings mit anderer Begründung. Seine Behauptung, daß es auch einen Widerruf gemäß § 109, Abs. 1, eines Verlöbnisses nicht geben könne, ist unrichtig. Das Verlöbnis kann überhaupt nicht widerrufen werden, sondern nur eine Verlobungserklärung; denn bis zur Genehmigung liegt noch gar kein Verlöbnis vor.

[153]) So Manigk, Willenserklärung, S. 737.

Verlöbnis darstellen würde; denn es ist keinem zuzumuten, daß er an einem solchen Verlöbnis festhält, und es kann ihm auch kein sittlicher Vorwurf daraus gemacht werden, wenn er in einem solchen Falle das Verlöbnis auflöst, das zu einer anfechtbaren Ehe führen würde. Dann aber braucht der das Verlöbnis auflösende Teil nach § 1298 niemals Ersatz zu leisten, nach § 122 müßte er dagegen dem Gegner das negative Interesse ersetzen. Auch hier ist also ein Kollision zwischen Anfechtungs- und Rücktrittsrecht festzustellen. Auch bei dieser Meinung hat das Rücktrittsrecht als lex specialis zu gelten.[154])

Ich gelange daher in allen Fällen zu dem Ergebnis, daß neben dem Rücktritt vom Verlöbnis eine Anfechtung nicht möglich ist. Die Vertragstheorie bietet also auch in dieser Hinsicht keine Angriffsmöglichkeit . Die Ergebnisse, zu denen sie führt, sind nicht unbillig. Das trotz der Nichtanwendung dieser Anfechtungsvorschriften immer noch von einem Vertrage gesprochen werden kann, habe ich oben nachgewiesen. Bei Anwendung der allgemeinen Vorschriften über Willenserklärung und Rechtsgeschäft muß dem besonderen Charakter des Verlöbnisses Rechnung getragen werden. Dieses hat zudem in seinen Vorschriften über den Rücktritt eine eigene Regelung über die Auflösung des Verlöbnisses getroffen.

Die Frage der Anwendbarkeit der übrigen Bestimmungen des Allgemeinen Teils bietet keine weiteren Schwierigkeiten. Ich kann mich in dieser Hinsicht, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, auf die Ausführungen von Dorn, S. 74 ff., und Ullrich, S. 48 ff. beziehen.

Damit sind auch die gegen die Auswirkungen der Vertragstheorie gerichteten Einwendungen der Tatsächlichkeitstheoretiker erledigt. Es hat sich gezeigt, daß auch in dieser Beziehung keine Veranlassung besteht, die Vertragstheorie aufzugeben. — Vor der Behandlung der einzelnen Tatsächlichkeitstheorien soll jedoch jetzt erst noch ein zusammenfassender Ueberblick über die Rechtsprechung des Reichsgerichts, das ebenfalls das Verlöbnis für einen Vertrag hält, gegeben werden.

[154]) Ganz verfehlt ist die Ansicht Cramers, S. 60, und Neubeckers, Arch. Bürg. R. 31, S. 263. Nach ihnen muß das Verlöbnis angefochten werden, wenn der Irrtum auf Gründen beruht, die vor der Begründung des Verlöbnisses liegen. Es muß der Rücktritt erklärt werden, wenn die Gründe später entstanden sind. Ganz abgesehen davon, daß auch Gründe, die schon vor dem Abschluß des Verlöbnisses vorlagen, einen wichtigen Grund zum Rücktritt darstellen, ist diese Ansicht schon wegen ihrer praktischen Folgen unannehmbar. Neubecker unterscheidet in einem Falle, in dem die Braut tuberkulös ist: ist die Braut bereits vor dem Verlöbnis tuberkulös gewesen, so kann der Verlobte anfechten; ist die Tuberkulose erst nach der Verlobung eingetreten, so kann er den Rücktritt, und zwar aus einem wichtigen Grunde, erklären. Welch ein unbilliges Ergebnis: die bereits vor der Verlobung tuberkulöse Braut erhält nach § 122 Ersatz, die nachträglich lungenkrank gewordene, weil ein wichtiger Grund vorliegt, nicht! Diese Unterscheidung ist daher zu verwerfen.

C. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts.

§ 15. Die Rechtsprechung in Zivilsachen.

Das Reichsgericht in Zivilsachen ist in seiner Rechtsprechung nicht konstant geblieben. In einer schon vorhin erwähnten Entscheidung des 4. Senats vom 24. Oktober 1924[155]) hatte sich das Reichsgericht mit der Frage des Fortbestehens eines im Geltungsbereich des gemeinen Rechts, allerdings in nicht gehöriger Form geschlossenen Verlöbnisses zu befassen. Es hat die Anwendbarkeit des § 170 EG. zum BGB. verneint, weil das Verlöbnis kein Schuldverhältnis ist. Damals hat das Reichsgericht in klarer Weise ausgesprochen, daß das Verlöbnis ein gemischt obligatorisch-familienrechtlicher Vertrag ist, indem es ausführt, daß sich der Inhalt des Verlöbnisvertrages nicht in dem für die **Zukunft** gegebenen Eheversprechen erschöpft, sondern daß es auch schon für die **Gegenwart** ein familienrechtliches Verhältnis herstellt, und das vermöge des auf beides gerichteten Parteiwillens. Eine nähere Erklärung dieser durchaus zutreffenden Ausführungen, denen auch ich beigetreten bin, hat das Reichsgericht allerdings nicht gegeben.

Auch im 61. Bande[156]) wird eine Erklärung der vom Reichsgericht vertretenen Vertragstheorie nicht gegeben. Das Reichsgericht erklärt hier die Verlobung für ein „wechselseitig gegebenes und angenommenes Versprechen", das daher als ein Vertrag angesehen werden muß, und „das dadurch herbeigeführte Verhältnis als ein Vertragsverhältnis". Es hält diese beiden Bestandteile des Verlöbnisses ihrer Natur nach nicht für vermögensrechtliche, und meint dann: „man kann daher die Verlobung sehr wohl einen familienrechtlichen Vertrag nennen". Es verkennt aber nicht, daß das Verlöbnis auch für das Vermögensrecht Bedeutung hat und erklärt daher die allgemeinen Vorschriften über Geschäftsfähigkeit usw. für anwendbar. — Von einer direkten Stellungnahme zu der Frage, ob nun dieser Vertrag familienrechtlicher oder gemischt obligatorisch-familienrechtlicher Natur ist, sieht es hier im Gegensatz zu der Entscheidung im 59. Bande ab. Aus seinen Ausführungen ist lediglich zu entnehmen, daß es das Verlöbnis als einen Vertrag ansieht. Die Vorschriften des Allgemeinen Teils erklärt es ohne weiteres Bedenken aus dem Grunde für anwendbar, weil es „im Interesse der Rechtssicherheit liegt, für den Begriff des Verlöbnisses nicht Sondervorschriften aufzustellen, die das BGB. nicht kennt." Insbesondere hält es § 117 für anwendbar und erklärt ein Verlöbnis, das ohne die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossen ist, zufolge § 108 als schwebend unwirksam.

In der Entscheidung vom 9. November 1905[157]) verwirft es die Ausführungen der Revision, nach denen das Verlöbnis kein

[155]) RG. Z. 59, S. 103.
[156]) Entscheidung vom 21. September 1905, 4. Senat, Bd. 61, S. 267 ff.
[157]) JW. 1906, S. 9, Nr. 3.

Vertrag, sondern nur „zwei übereinstimmende, auf die Eingehung der Ehe gerichtete Willenserklärungen" seien, und führt dagegen aus: „Sie (die Ausführungen der Revision) übersehen, daß die beiderseitigen Willenserklärungen in wechselseitiger Beziehung zueinander stehen, denn jeder Teil **erklärt** nicht nur das Eheversprechen, sondern **nimmt** auch das Eheversprechen des anderen Teils **an**, um sich ihm zur Erfüllung des Versprechens verbindlich zu machen." Diese an sich vollkommen zutreffenden Ausführungen sind allein nicht geeignet, die Vertragsnatur des Verlöbnisses festzustellen. Denn wie wir gesehen haben, gehört hierzu außerdem, daß der Wille auf Rechtsfolgen gerichtet ist, und daß diese eintreten, weil sie gewollt sind. Was aber beim Verlöbnis als Rechtsfolge anzusehen ist, und ob die Rechtsfolgen wegen des hierauf gerichteten Wills eintreten, läßt das Reichsgericht unentschieden. Aus der Behauptung, das Verlöbnis sei ein Eheversprechen, ergibt sich hierüber nichts. — Im weiteren Verfolg erklärt das Reichsgericht wiederum die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit für anwendbar und bezeichnet einen Verlobungsvertrag, zu dem der gesetzliche Vertreter eines minderjährigen Teils seine Genehmigung verweigert hat, als von Anfang an unwirksam. Da jedoch in dem zur Entscheidung stehenden Falle beide Teile ihr Eheversprechen nach Verweigerung der Genehmigung erneuert hatten, sieht das Reichsgericht darin einen neuen Verlobungsvertrag, der sehr wohl durch nachträgliche Genehmigung des gesetzlichen Vertreters oder durch die Genehmigung des inzwischen volljährig gewordenen Verlobten **von Anfang an wirksam werden kann.**

Im 80. Bande[*]) nimmt das Reichsgericht zum ersten Male zu der Frage Stellung, welches die Rechtsfolgen des Verlöbnisses sind. „Der Inhalt und die rechtliche Bedeutung des Verlöbnisvertrages ist nicht unmittelbar die Verpflichtung zur Heirat, zur Begründung des Ehestandes, sondern die Willenseinigung über das gegenseitige Versprechen der künftigen Verheiratung und die behufs seiner Verwirklichung zunächst erfolgende Begründung des Brautstandes." Es folgert weiter, daß „der Grundsatz des ersten Entwurfs, daß das Verlöbnis eine Rechtspflicht, einen rechtlichen Zwang zur Eingehung der Ehe nicht begründe, daß er die Freiheit der Willensbestimmung nicht beeinträchtigen soll," auch „im BGB. aufrechterhalten und für die darin geregelten Rechtsfolgen des Verlöbnisses maßgebend ist." „Vor allem gehört zu diesem Rechtsfolgen nicht ein Gebundensein an das Verlöbnis, das vielmehr von jedem Verlobten einseitig gelöst werden kann. Und nur **wenn** es einseitig gelöst wird, treten überhaupt die vom Gesetz vorgesehenen Rechtsfolgen ein." Diese Ausführungen halte ich nicht für folgerichtig. Zunächst treten Schadensersatzpflichten wegen Auflösung eines Vertrages immer dann ein, wenn der Vertrag aufgelöst

[*]) RG. Z. 80, S. 88. Vgl. auch hierzu unten S. 73, Anm. 192.

wird. Deswegen die Nichtgebundenheit der Parteien feststellen zu wollen, scheint mir nicht angängig. Auch die Verlobten sind, wie oben ausgeführt, rechtlich verpflichtet, die Ehe mit einander einzugehen. Diese Rechtspflicht besteht und wird durch § 1298 geschützt. Die Verletzung der Rechtspflicht steht allerdings insofern frei, als bei einer Auflösung des Verlöbnisses nicht auf Eingehung der Ehe geklagt werden kann. Aus dem Umstande allein, daß eine Klage auf Eingehung der Ehe ausgeschlossen ist, kann noch nicht gefolgert werden, daß überhaupt keine rechtliche Gebundenheit der Verlobten an ihr Eheversprechen besteht; denn durch den Ausschluß der Klage wird an sich nicht sogleich die Gebundenheit beseitigt, sondern nur der rechtliche Zwang zur Durchführung dieser Gebundenheit. Daß diese Gebundenheit sich sehr wohl mit dem Wesen des Verlöbnisses in Einklang bringen läßt, ist oben bereits dargelegt. Durch die Abgabe des Eheversprechens werden die Verlobten rechtlich verpflichtet, die Ehe miteinander einzugehen. Wenn diese rechtliche Verpflichtung nicht im Klagewege erzwungen werden kann, so liegt das an der unvollkommenen Gestaltung des Verlöbnisses. Daß die Verlobten an ihr Eheversprechen gebunden sind, glaube ich auch durch den Hinweis auf den Eintritt der Schadensersatzansprüche nachgewiesen zu haben. Die allgemeine Statuierung von Schadensersatzverpflichtungen zeigt deutlich, daß an sich die Verlobten wie bei jedem Rechtsgeschäft an ihre Verpflichtungen gebunden sind. Aus rein sozial-politischen Erwägungen, mit denen ja das ganze Eherecht durchsetzt ist, soll aber beim Vorliegen wichtiger Gründe der zurücktretende Verlobte durch die Verpflichtung zum Ersatz des entstandenen Schadens nicht gezwungen werden, eine für ihn und die Allgemeinheit nicht wünschenswerte Ehe einzugehen. Hierdurch wird aber m. E. die Gebundenheit nicht beseitigt. Der Rücktritt vom Verlöbnis steht nicht frei. Wenn man überhaupt von einer Freiheit des Rücktritts sprechen will, so kann man nur sagen, daß die Verlobten insofern Rücktrittsfreiheit genießen, als sie niemals zur Eingehung der Ehe gezwungen werden können. Hiermit kommen wir aber auf das Gebiet der Klagbarkeit einer Verpflichtung, zu einer Frage, die mit der Gebundenheit nichts zu tun hat. Auch wer im Klagewege nicht zur Erfüllung gezwungen werden kann, ist trotzdem, wenn die hierzu notwendigen Voraussetzungen vorliegen, zur Erfüllung rechtlich verpflichtet, und somit auch gebunden. — Wenn also das Reichsgericht nur den auf die zunächst erfolgende Begründung des Brautstandes gerichteten Willen für einen auf Rechtsfolgen gerichteten Willen erklärt und das Eheversprechen nicht als eine Rechtsfolge betrachtet, so vermag ich ihm hierin nicht zu folgen.

Im Gegensatz gerade hierzu hat derselbe Senat des Reichs-

gerichts[159]) am 19. April 1917 entschieden: „Die Unklagbarkeit und die darin begründete rechtliche Unvollkommenheit des Eheversprechens ändert nichts an dem Bestehen der gesetzlich in anderer Weise gesicherten Pflicht zur unmittelbaren Erfüllung durch Eingehung der Ehe." Hier stellt also auch das Reichsgericht wiederum mit Recht eine Rechtspflicht der Verlobten zur Eingehung der Ehe fest.

Demgegenüber hat das Reichsgericht am 8. Januar 1920 entschieden,[160]) daß eine rechtliche Verpflichtung der Verlobten zur Schließung der Ehe nicht begründet wird und beruft sich hierfür auf den Gedanken des § 1227 des ersten Entwurf, der auch in das BGB. mit übernommen sei. Daß das BGB. keinerlei Bestimmung hierüber getroffen, sich vielmehr neutral verhalten hat, habe ich oben nachgewiesen. Hieraus kann also kein Argument gewonnen werden. Daß selbst der einseitige Rücktritt vom Verlöbnis das Verlöbnis auflöst, erklärt sich eben damit, daß ein rechtlicher **Zwang** zur Eheschließung nicht ausgeübt werden soll. Deswegen besteht aber immer noch eine vom Reichsgericht auch hier negierte rechtliche Verpflichtung.

Zu beachten ist also, daß das Reichsgericht in Zivilsachen auf dem Standpunkt steht, daß das Verlöbnis ein Vertrag ist, und daß die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit und die übrigen Bestimmungen des Allgemeinen Teils in Anwendung zu bringen sind. Ein ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters geschlossenes Verlöbnis würde nach ihm schwebend unwirksam, bei Verweigerung der Genehmigung nichtig sein. Desgleichen würde es vermutlich ein Verlöbnis, bei dem der eine Teil die Verlobungserklärung nur zum Schein abgegeben hat, gemäß § 116, Satz 1 für gültig halten.

§ 16. Die Rechtsprechung in Strafsachen.

Ganz anders entscheidet das Reichsgericht in Strafsachen. Wie bereits erwähnt, stellt es bewußt für seinen Geltungsbereich einen vom Zivilrecht vollkommen abweichenden Begriff des Verlöbnisses auf. Im Strafrecht soll allein das sittliche Moment ausschlaggebend sein, ohne daß es auf die Innehaltung der zivilrechtlichen Erfordernisse ankäme. Wenn sich die Parteien ernstlich den Willen erklärt haben, miteinander die Ehe einzugehen, so liegt für den Bereich des Strafrechts (und damit auch des Strafprozeßrechts) ein gültiges Verlöbnis vor. Es soll also nicht darauf ankommen, ob bei Minderjährigkeit eines Teiles der gesetzliche Vertreter seine Einwilligung gegeben, oder sogar die Genehmigung verweigert hat.

[159]) JW. 1917, S. 848, Nr. 3.
[160]) RG. Z. 98, S. 14.

Desgleichen liegt nach der Rechtsprechung kein Verlöbnis vor, wenn der eine Teil nur zum Schein eine Verlobungserklärung abgegeben hat (Mentalreservation); denn dann ist eben kein ernstlicher Wille geäußert. — Sollte eine solche Spaltung rechtens sein? Mit Recht kann man sich fragen, ob ein Laie wohl verstehen würde, daß man zivilrechtlich verlobt, aber strafrechtlich nicht verlobt sein kann und umgekehrt.[161]) Ganz abgesehen hiervon ist, wie bereits dargelegt, für das Strafrecht durchaus keine Berechtigung gegeben, vom Zivilrecht abweichende Begriffe aufzustellen. Das Strafrecht ist sekundärer Natur und hat die Institute in der Form zu schützen, wie sie vom Zivilrecht festgesetzt werden. — Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in dieser Hinsicht kann ich also nicht als gerechtfertigt ansehen. In Strafsachen hat die minderjährige Braut, wenn ihr gesetzlicher Vertreter das Verlöbnis nicht genehmigt hat, kein Zeugnisverweigerungsrecht bei Verfolgung einer Straftat ihres „Verlobten". Andererseits kann auch die Braut, deren Bräutigam die Verlobung nicht ernstlich gewollt hat, ein Zeugnisverweigerungsrecht beanspruchen, und die Antragsdelikte können nur auf ihren Antrag hin verfolgt werden.

Dorn[162]) hält die Ergebnisse dieser Auffassung für unbillig. Er führt zwei Beispiele zur Bestärkung dessen an. In dem ersten nimmt ein minderjähriges, bei ihrer geistesschwachen Mutter wohnendes Mädchen, ihren wegen verschiedener Vergehen behördlich gesuchten Verlobten in ihre Wohnung auf, wo er vor Nachforschungen sicher ist. Nach der von mir vorgetragenen Ansicht muß die Verlobte wegen Begünstigung bestraft werden, wenn die Mutter ihre Einwilligung zu dem Verlöbnis nicht erteilt hat. Wendet man dagegen die Bestimmungen über Geschäftsfähigkeit im Strafrecht nicht an, wie es das Reichsgericht tut, so liegt ein gültiges Verlöbnis vor, — die Verlobte bleibt straffrei. In dem anderen Beispiel ist die Minderjährige ohne Genehmigung des Vertreters mit einem Manne „verlobt", der eine Straftat begangen hat, deren Zeugin allein die Braut gewesen ist. Wendet man die Bestimmungen des Allgemeinen Teils nicht an, so kann sie in der Hauptverhandlung ihr Zeugnis verweigern, und ihr Verlobter wird freigesprochen. Anderenfalls steht das Mädchen vor der Wahl, „durch eine richtige Aussage den Angeklagten, durch eine unrichtige aber sich selbst einer Strafe auszusetzen, in beiden Fällen aber die beabsichtigte Ehe (wenn z. B. der nunmehr „Vorbestrafte" seine Stellung verliert) unmöglich zu machen." Es muß zugegeben werden, daß diese Folgerungen nicht sehr billig sind. Die pro-

[161]) So Grisebach, DJZ. 1925, S. 1644.

[162]) Dorn, S. 60 ff., der allerdings die Vorschriften des Allgemeinen Teils über Geschäftsfähigkeit und Anfechtung überhaupt nicht anwenden will und diese Beispiele zum Beweis der Unmöglichkeit ihrer Anwendbarkeit anführt.

zessuale und strafrechtliche Sonderstellung der Verlobten ist auch sicherlich, wie die übrigen Bestimmungen bezüglich der Ehegatten und Verwandten, wegen der Unbilligkeit einer gleichen Behandlung mit anderen Personen erfolgt. Diese Sonderstellung nehmen die Verlobten jedoch nur deswegen ein, weil sie bereits in ein den Ehegatten und anderen Verwandten ähnliches Personenrechtsverhältnis getreten sind. Dieses wird aber, wie wir gesehen haben, nicht allein durch das Eheversprechen begründet. Ein solches personenrechtliches Verhältnis liegt bei Minderjährigen erst dann vor, wenn der gesetzliche Vertreter zugestimmt hat. Vorher kann eben von einem verwandtschaftsähnlichen Verhältnis nicht gesprochen werden, das den Schutz des Strafrechts und der strafprozessualen Bestimmungen beanspruchen könnte. Legt man es dagegen auf den rein sittlichen Wert an, der dem ernstlichen Eheversprechen innewohnt, so ist nicht zu verstehen, warum nicht andere höchst sittliche Beziehungen von Menschen untereinander das gleiche Privileg genießen sollen. Eine Freundschaft oder eine „Liebschaft" zwischen einem Mann und einer Frau kann durchaus eben so sittlich sein, wie das durch das reine Eheversprechen begründete Verhältnis. Auch hier würde es unbillig erscheinen, wenn die Frau, die im ersten Falle aus vollkommen uneigennützigen Trieben den Mann bei sich aufgenommen hat, wegen Begünstigung bestraft werden würde. Es kommt eben beim Verlöbnis nicht allein auf das dem Eheversprechen innewohnende **sittliche** Moment an, sondern auf das durch das Verlöbnis begründete Personenrechtsverhältnis, das eine Gleichstellung mit den Ehegatten erfordert. Zur Begründung dieses Verhältnisses reicht aber, wie schon gesagt, nicht allein das Eheversprechen aus. Es ist erforderlich, daß ein **gültiges** Verlöbnis vorliegt, das die personenrechtliche Gebundenheit zur Folge hat.

Zudem kann man auch dem Reichsgericht vorwerfen, daß seine Auffassung zu unbilligen Konsequenzen führt. Warum soll ein Betrug, der von einem die zukünftige Ehe nicht ernstlich wollenden Mann seiner Braut gegenüber begangen ist, nicht nur auf einen Antrag der Braut hin verfolgt werden können? Kann nicht die also doppelt geschädigte Braut ein berechtigtes Interesse daran haben, daß ihre Beziehungen zu dem Manne, vor allem der Betrug nicht in die Oeffentlichkeit dringt? Ihr Interesse ist ebenso anzuerkennen wie das einer Braut, die mit einem die Ehe ernstlich wollenden Manne verlobt ist.

Aus diesen Gründen ist die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen nicht zu billigen. Auch im Strafrecht muß geprüft werden, ob bei Minderjährigen die Genehmigung des Vertreters, sowie ganz allgemein, ob die anderen Erfordernisse vorliegen. Nur ein zivilrechtlich gültiges Verlöbnis darf im Strafrecht Beachtung finden. Dasselbe hat für den Straf- und Zivilprozeß zu gelten.

D. Die einzelnen Tatsächlichkeitstheorien.

Nachdem also nachgewiesen ist, daß keinerlei der gegen die Vertragstheorie erhobenen Bedenken zutreffen, sollen zum Schluß der gesamten Abhandlung die Tatsächlichkeitstheorien einer Würdigung unterzogen werden. Im Grunde genommen erübrigt sich eine solche Erörterung der einzelnen Theorien schon deshalb, weil sie nur sekundäre, subsidiäre Bedeutung beanspruchen können. Sämtliche Tatsächlichkeitstheoretiker haben erklärt, **weil** das Verlöbnis kein Vertrag sein kann, kann es nur ein rein tatsächliches Gebilde sein. Mit dem Nachweis, daß das Verlöbnis sehr wohl als ein Vertrag bezeichnet werden kann, wären also diese Theorien an sich schon erledigt. Da sie aber zum Teil doch selbständige Bedeutung beanspruchen können, soll auch hier, wenngleich nur kurz, auf sie eingegangen werden.

§ 17. Die Theorie der culpa in contrahendo und des Garantieversprechens.

Jacobi[163]) sieht das Verlöbnis lediglich als eine Probezeit an, in der „der Regel nach die Ueberzeugung von der Möglichkeit einer dauernden ehelichen Gemeinschaft" zu erlangen ist, und weiter: „Wer sich also in dieser Beziehung bei Eingehung des Verlöbnisses übereilt oder geirrt hat, ist nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, die beabsichtigte Eheschließung zu unterlassen." Es ist nicht zu leugnen, daß der Brautstand den Verlobten auch noch die Gelegenheit bietet, sich endgültig darüber klar zu werden, ob die Eingehung der Ehe zu ihrem wie der Allgemeinheit Heile ist. Das Verlöbnis aber **lediglich** als eine Probezeit anzusehen, widerstrebt schon dem natürlichen Empfinden. Das Verlöbnis ist nicht nur eine Probezeit, sondern begründet ein enges persönliches Band zwischen den Verlobten, das nicht allein um der zukünftigen Ehe willen geschlossen ist, sondern selbst schon einen Gegenwartswert besitzt. „Man verlobt sich nicht, **um** sich kennen zu lernen, sondern, nachdem und **weil** man sich kennen gelernt hat."[164]) Zudem wird, wie bereits mehrfach ausgeführt, bei solcher Auffassung leichtsinnigen Verlobungsauflösungen Tür und Tor geöffnet. Jeder Verlobte könnte ja dann erklären, er habe nur einmal erproben wollen, ob das betreffende Mädchen würdig sei, seine Braut zu werden. Außerdem ist es unverständlich, wie sich jemand bei Eingehung des Verlöbnisses „übereilen" oder „irren" kann, wenn dieses ja doch nur eine Probezeit ist.

Weil Jacobi die Ehe lediglich als eine Probezeit ansieht, kommt er zu dem Ergebnis, daß die Ansprüche aus dem Verlöbnis

---

[163]) Jacobi, S. 19.
[164]) Titze, S. 10.

§§ 1298 ff.) als culpa in contrahendo zu erklären seien. „Die in den §§ 1298, 1299 gegebenen klagbaren Ansprüche sind nicht Ansprüche aus dem Verlöbnisvertrage (ex pacto), sondern, soweit es sich um für die künftige Ehe gemachte Zuwendungen handelt, sind sie Rückforderungen wegen vereitelten Zweckes (condictionis causarum ob causam); im übrigen beruhen sie auf dem Grundsatze, daß, wer andere zu kostspieligen Maßnahmen veranlaßt, die Folgen zu tragen hat, falls der Zweck durch sein Verschulden vereitelt wird (culpa in contrahendo).[165])

Diese Theorie ist deswegen abzulehnen, weil eben das Verlöbnis nicht lediglich als eine Vorbereitung zu dem eigentlichen contrahere, der Ehe, anzusehen ist. Auch das Verlöbnis ist schon ein contrahere, ein Vertrag. Deswegen kann niemals beim Verlöbnisbruch von einem Verschulden **bei** oder **vor** dem Vertragsschluß gesprochen werden. Außerdem lassen sich die Schadensersatzfolgen in dieser Weise nicht erklären. Denn wenn das Verlöbnis nur eine Probezeit ist, so muß der andere Teil mit der Auflösung des Verlöbnisses, oder um mit Jacobi zu sprechen, dem Abbruch der Vertragsverhandlungen rechnen. Kennt er aber die Möglichkeit, so hat er den Schaden, den er durch die trotz der rein probeartigen Beziehungen erfolgten kostspieligen Anschaffungen erlitten hat, sich selbst zuzuschreiben. Von einer culpa des anderen Teils **kann hierbei nicht gesprochen werden.**[166])

Die Theorie des Garantievertrages hat Matthiaß[167]) aufgestellt. Nach ihm ist die rechtliche Grundlage des Verlöbnisses nicht das Versprechen der zukünftigen Eheschließung, sondern das Versprechen, sich bei einem ungerechtfertigten Rücktritt den entstandenen Schaden zu ersetzen. Wie wenig diese Theorie dem Leben gerecht wird, ergibt sich schon aus der einfachen Ueberlegung, daß bei der Verlobung keiner der Verlobten an die Auflösung des soeben begründeten Brautstandes denkt, noch viel weniger aber an den Ersatz des Schadens. Zudem steht diese Theorie mit dem Wortlaut des Gesetzes in direktem Widerspruch. § 1297, Abs. 2, bestimmt ausdrücklich, „das Versprechen einer Strafe für den Fall, daß die Eingehung der Ehe unterbleibt, ist nichtig." Eine der Höhe nach bestimmte Vertragsstrafe ist also unzulässig. Sollte trotzdem eine unbestimmte, lediglich durch die Höhe des entstandenen Schadens bestimmbare Vertragsstrafe zulässig sein? — Auch diese Theorie ist abzulehnen; sie hat ebenfalls keine Anhänger gefunden.

[165]) Jacobi, S. 19.

[166]) Aus vielen Gründen ist die Theorie des Garantievertrages mit Ausnahme von Brunnemann Weitheim, S. 66 ff., der auch keine stichhaltige Begründung zu geben vermag, von niemandem gebilligt worden. Vgl. Dittenberger, S. 26, und Esser, S. 57.

[167]) Matthiaß II, S. 194 ff.

§ 18. Die Deliktstheorie.

Hellmann[168]) hat die „Deliktstheorie" begründet. Er ist es vor allem gewesen, der sich gegen die angeblich unbilligen Ergebnisse der Vertragstheorie gewandt hat, und deswegen ihr nicht folgen zu können glaubte. Daß sich aus der Vertragstheorie keine unbilligen Folgerungen ergeben, habe ich bereits nachgewiesen. Schon insoweit also entbehrt die Deliktstheorie ihrer Grundlage. Aber auch in ihrer eigenen juristischen Konstruktion weist sie Mängel auf, die ihre Unhaltbarkeit beweisen.

Hellmann lehnt die Vertragsnatur des Verlöbnisses ab, und erblickt in den §§ 1298 ff. lediglich Schutzgesetze im Sinne des § 823, Abs. 2, deren Verletzung eben die in den genannten Bestimmungen festgesetzten Schadensersatzpflichten zur Folge habe. Diese Theorie ist, was bei der großen Zahl der Anhänger der Vertragstheorie verständlich ist, vielen Angriffen ausgesetzt gewesen, die jedoch zum Teil nicht geeignet sind, die Unrichtigkeit der Deliktstheorie zu beweisen.

Als verfehlt ist zunächst der Versuch anzusehen, in den Materialien ein Gegenargument zu finden. Esser[169]) beruft sich auf die Protokolle,[170]) in denen es heißt: „Der Standpunkt des Entwurfs, daß in dieser Beziehung die allgemeinen Grundsätze über Schadensersatz und unerlaubte Handlungen maßgebend sein sollen, fand nicht die Billigung der Mehrheit der Kommission." Eine solche Berufung auf die Materialien ist umso unverständlicher, als Esser, ebenso wie ich, die Materialien zur Erforschung der Rechtsnatur des Verlöbnisses nicht benutzen will. Auch er steht auf dem Standpunkt, daß das BGB. vollkommen neutral ist, und die konstruktionellen Fragen der Wissenschaft überlassen hat.[171]) Dann kann aber auch in diesem Punkte aus den Protokollen kein Argument gefunden werden.

In gleicher Weise verfehlt ist die Beweisführung Dittenbergers,[172]) der diese Konstruktion einfach deshalb für unhaltbar ansieht, weil das Gesetz den Verlobten den Rücktritt freistellt, der Rücktritt „also nicht verboten, nicht unerlaubt sein kann." Weil die Eheschließung freisteht, ein Zwang nicht ausgeübt werden kann, soll auch die Widerrechtlichkeit fehlen, die doch festgestellt werden müßte, um die Schadensersatzpflicht aus einer unerlaubten Handlung erklären zu können. — Bei einer derartigen Beweisführung widersprechen sich aber diejenigen Vertragstheoretiker, die, wie ich, in der Pflicht zur Eingehung der Ehe eine Rechtspflicht erblicken.

168) Hellmann, DJZ. 1901, S. 217 ff.
169) Esser, S. 60.
170) Protokolle I, S. 5835.
171) Esser, S. 25.
172) Dittenberger, S. 26, und Stutz, S. 28, denen sich Petersen, S. 28, Sauer, S. 26, Dorn, S. 28, Heymann, S. 29, Jancke, S. 16, und Esser, S. 61, angeschlossen haben.

Sie erklären zur Begründung der Vertragstheorie diese Pflicht für eine Rechtspflicht, leugnen sie aber wiederum zur Widerlegung der Deliktstheorie, weil der Rücktritt vom Verlöbnis freistehe, eine Gebundenheit **nicht** eintrete. Mit solchen Argumenten läßt sich also die Deliktstheorie nicht widerlegen.

Entscheidende Bedeutung kommt nur der Frage zu, ob der § 1298 BGB. als ein Schutzgesetz im Sinne des § 823, Abs. 2, anzusehen ist. Mit der überwiegenden Meinung ist zunächst anzunehmen, daß auch das BGB. Schutzgesetze aufgestellt hat. Es ist jedoch erforderlich, daß es sich dann um Bestimmungen handelt, die nicht „nur den Macht- oder Pflichtenkreis des einzelnen zu bestimmen bezwecken, sondern den Zweck einer **besonderen Schutzgewährung gegen Rechtsverletzungen" erkennen** lassen.[173]) Es ist also zu verlangen, daß in den betreffenden Bestimmungen dann ein besonderes Gebot oder Verbot an einzelne oder die Gesamtheit gerichtet ist. Hierher sind z. B. die Schutzvorschriften zugunsten von Dienstpflichtigen (§§ 617—619) zu rechnen oder die Vorschriften zugunsten von Nachbarn gegen Immissionen usw. (§§ 906—909). — Liegt nun beim Verlöbnis solch ein Gebot oder Verbot vor? Hellmann meint aus der Fassung des Gesetzes die Vorschrift entnehmen zu können: ein Verlobter **soll** nicht ohne wichtigen Grund vom Verlöbnis zurücktreten. Als Grund der Schadensersatzfolgen gibt er an: „geschützt werden solle das Interesse, das der Verlobte daran hat, nicht getäuscht worden zu sein durch die in ihm erregte Erwartung der Eheschließung." Mit welcher Berechtigung führt aber Hellmann diese Gebotsnormen, die allein zur Statuierung einer Widerrechtlichkeit führen könnte, in das Gesetz ein? § 1298 sagt lediglich: Tritt ein Verlobter vom Verlöbnis zurück, so hat er Schadensersatz zu leisten. Diese Schadensersatzpflicht tritt nicht ein, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. In dieser Bestimmung kann jedoch unmöglich eine Gebotsnorm gefunden werden. Zur Widerlegung der Ansicht Hellmanns sei der § 283 BGB. herangezogen, dessen Formulierung genau mit dem des § 1298 übereinstimmt. § 283 besagt, daß der Gläubiger, wenn der Schuldner rechtskräftig verurteilt ist, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, soweit nicht die Leistung rechtzeitig bewirkt wird. § 283 fährt dann fort: „Die Verpflichtung zum Schadensersatz tritt nicht ein, wenn die Leistung . . . usw." Aus dieser Bestimmung hat noch niemand das Gebot konstruiert: Der Schuldner **soll** nicht die rechtzeitige Leistung verhindern. Selbst Hellmann würde eine solche Interpretation für falsch halten. Aber beim Verlöbnis, dessen Vorschrift in genau der gleichen Form angelegt ist, soll ein Gebot oder Verbot aus den Gesetzesbestimmungen zu entnehmen sein? M. E. ist allein durch diese Gegenüberstellung die Haltlosigkeit der Hellmannschen Theorie nachgewiesen. Ich komme daher zu dem

---

[173]) So Enneccerus, § 452, I, 1, b.

Ergebnis, daß die §§ 1298 ff. nicht als Schutzgesetze im Sinne des § 823, Abs. 2, angesehen werden können. Die Deliktstheorie ist abzulehnen, weil ihre Begründung auf einer falschen Interpretation des Gesetzes beruht.[174])

§ 19. Die Billigkeitstheorie und die Theorie des Sozialverhältnisses.

Völlig verfehlt ist die Theorie Meißners,[175]) der die §§ 1298 ff. lediglich als Billigkeitsnormen erklären will. Mit einer solchen Begründung ist nichts gewonnen; denn auf Billigkeitsrücksichten sollten alle Vorschriften des Gesetzes zurückzuführen sein. Damit wird also weniger eine Begründung des Verlöbnisses gegeben, als vielmehr vollkommen auf die Feststellung der Rechtsnatur des Verlöbnisses verzichtet. Aus der Tatsache, daß die §§ 1298 ff. Billigkeitsrücksichten ihre Entstehung verdanken, ergibt sich weder, daß das Verlöbnis ein Vertrag, noch daß es ein rein tatsächliches Gebilde ist. Diese Theorie hat denn auch, in dieser Form wenigstens, keine Anhänger gefunden.

Verwandt mit ihr und wahrscheinlich auch auf sie zurückzuführen ist die sogen. Theorie des Sozialverhältnisses. Als ihre Vertreter sind zu nennen Titze, Frohnhausen, Dreher und in jüngster Zeit Windecker und Junghanns. — Sie alle gehen davon aus, daß das Vorliegen eines Verlöbnisses lediglich nach den Anschauungen der Gesellschaft beurteilt werden könne, und daß der Grund der Schadensersatzansprüche aus den §§ 1298 ff. in dem Interesse des Staates an der Aufrechterhaltung des Verlöbnisses als Vorstadium zur Ehe zu finden sei.[176])

Am wenigsten ausgeprägt sind die Ausführungen Frohnhausens, der zugeben mußte, daß beim Verlöbnis: „gewisse Nuancen des von der Sitte geregelten Verhaltens der Verlobten zueinander die Tendenz rechtlicher Erzwingbarkeit haben."[177]) Auch hat er selbst erkannt, daß seine Theorie nur dann Existenzberechtigung hat, wenn man zu dem Ergebnis kommt, daß sie in ihren Wirkungen genehmer ist. Er mißt somit seiner Theorie selbst nur sekundäre Bedeutung bei.[178]) Diese Ausführungen, die denn auch von den Vertragstheoretikern[179]) als Angriffspunkte aufgegriffen worden sind, haben Dreher und Windecker nicht zu den ihrigen ge-

[174]) Die Verschiedenheit der Verjährungsvorschriften beim Verlöbnis und bei den Delikten, auf die auch besonders gern hingewiesen wird, scheint mir dagegen kein ausschlaggebendes Moment zu sein.

[175]) Meißner, S. 4 ff.

[176]) So Titze, S. 19, Frohnhausen, S. 40, Dreher, S. 138, Windecker, S. 76 ff. und Junghanns, Sächs. Rpfl. A. 1919, S. 177 f.

[177]) Frohnhausen, S. 38.

[178]) Derselbe, S. 22.

[179]) So insbesondere Dorn, S. 21.

macht. — Dreher sieht das Wesen des Verlöbnisses in der Beseitigung der Schranken, die von der Gesellschaft zum Schutze der **Frau** aufgestellt sind.[180]) An Stelle dieser schützenden, durch das Verlöbnis beseitigten Schranken läßt nun der Gesetzgeber die Ansprüche der §§ 1298 ff. treten, zum Schutz des im betreffenden Einzelfall schwächeren, schutzbedürftigeren Brautteils."[181]) Im weiteren Verfolg erklärt er dann, die Schadensersatzfolgen gleichfalls als im Interesse des Staates begründet. Abgesehen von dem letzten Argument, das uns noch nachher beschäftigen wird, ist die erste Begründung Drehers vollkommen willkürlich. Wenn der Gesetzgeber mit den §§ 1298 ff. den Schutz der **Frau** bezweckte, ist nicht verständlich, warum auch dem **Manne** bei unberechtigtem Rücktritt der Frau Schadensersatzansprüche zustehen. Ueberhaupt ist mit der Erklärung, das Wesen des Verlöbnisses läge in der „Beseitigung der sozialen Trennmomente",[182]) nichts gewonnen. Zunächst steht nicht einmal fest, daß bei jedem Verlöbnis die sozialen Trennmomente beseitigt werden,[183]) und andererseits stände eine solche Erklärung des Wesens des Verlöbnisses noch nicht im Widerspruch zu der Vertragstheorie. Auch die Vertragstheorie kann zugeben, daß durch den Abschluß des Verlöbnisses die bisher bestehenden Trennungen zwischen Braut und Bräutigam aufgehoben, daß ihre Beziehungen zueinander gesellschaftlich sanktioniert werden. Die Vertragstheorie bleibt nur nicht bei dem befremdenden Resultat stehen, daß sich hierin das Wesen des Verlöbnisses erschöpft.

Windecker hat als erster dargelegt, daß die Theorie des Sozialverhältnisses primäre Bedeutung beanspruchen kann. „Wer behauptet, daß das Verlöbnis ein Sozialverhältnis ist, erklärt gewissermaßen das **Recht für unzuständig.** Er wendet sich zur Beurteilung dieser Frage an die **Ethik** . . . Es kann sich **nicht** mehr um die Feststellung handeln, ob die zu findende Erklärung in ihren Wirkungen **genehmer** ist, als die Vertragstheorie und deshalb vorzuziehen (Frohnhausen, S. 23), sondern um die **grundsätzliche** Frage: „gehört nach heutiger Auffassung die Beurteilung eines Verlöbnisses in das Gebiet des **Rechts** oder der **Ethik?**"[184]) Windecker erklärt auf diese Frage, daß nach der Volksauffassung die Beurteilung des Verlöbnisses allein nach ethischen Gesichtspunkten zu erfolgen habe.[185])[186]) Er weist dann weiter ebenfalls darauf

---

[180]) Auch Windecker, S. 77, sieht in diesem Moment das Wesentliche der Dreher'schen Ansicht.

[181]) Dreher, S. 137.

[182]) Mit diesen Worten charakterisiert Windecker, S. 77, die Ansicht von Dreher.

[183]) Aehnlich Windecker, S. 79.

[184]) Windecker, S. 79/80.

[185]) Windecker, S. 37 ff. und 82 ff.

hin, daß die Schadensersatzbestimmungen aus dem Interesse des Staates heraus zu verstehen seien: Der Staat handele hier im „Selbsterhaltungstrieb."[186]) Ganz im Gegensatz zu Windecker glaube ich zunächst nachgewiesen zu haben, daß die Begriffe Ethik und Recht sich an sich nicht ausschließen, daß mit dem Satz: „das Verlöbnis ist eine ethische Einrichtung", noch lange nicht erwiesen ist, daß es nicht auch ein rechtlich geschütztes, als Rechtsgeschäft anerkanntes Institut ist. Dann aber scheint mir gerade aus der Volksanschauung heraus die Verpflichtung zur Eingehung der Ehe sehr wohl als eine Rechtspflicht angesehen werden zu können. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, will ich hier darauf hinweisen, daß es m. E. direkt befremden würde, wenn das Gesetz eine so sittliche, aber deswegen auch so unvollkommene Verpflichtung nicht zur Rechtspflicht erhoben haben sollte. — Aber ganz abgesehen von dieser Rechtsfolge bliebe dann immer noch der Brautstand als das durch die Parteien kraft ihres Willens erzeugte Rechtsverhältnis zu beachten. Daß auch in dieser Hinsicht die Ausführungen Windeckers falsch sind, der den Brautstand wegen der vom Zivilrecht abweichenden Ansicht von Theorie und Praxis im öffentlichen Recht nicht als ein rechtlich bedeutsames Verhältnis ansehen will, habe ich oben S. 32 ff. nachgewiesen. Ich habe festgestellt, daß das öffentliche Recht die Begriffe nur in der vom Zivilrecht bestimmten Form zu schützen hat, daß demnach auch die bedeutende und weitgehende Berücksichtigung des Verlöbnisses in diesen Materien für die Annahme eines Rechtsverhältnisses spricht. Damit bleibt aber für eine andere Auffassung kein Raum.

Auch die Begründung der Schadensersatzfolgen vermag ich nicht zu billigen. Die Erklärung, der Staat greife beim Verlöbnisbruche wegen des ethischen Verschuldens ein, ist insofern richtig, als ein Motiv für die Zuerkennung von Schadensersatzansprüchen natürlich gegeben sein muß und dieses wahrscheinlich in ethischen Erwägungen seinen Grund hat. Damit ist aber ebensowenig und ebensoviel gesagt, wie mit der Meißnerschen Theorie, die die Schadensersatzvorschriften als Billigkeitsnormen erklärt. Aus einer solchen Erklärung, die sich die Vertragstheorie ebenfalls ohne Be-

[186]) Er versucht sogar weiterhin, eine direkte Erklärung dafür zu geben, daß das Verlöbnis nicht als ein Rechtsgeschäft, die Pflicht zur Eingehung der Ehe nicht als eine Rechtspflicht angesehen werden könne. Er zieht zum Beweise dessen die (auch von Staudinger, Vorbem. § 1297, IV. b, und von mir, S. 32 gebilligte) Meinung heran, nach der eine rechtliche Verpflichtung der Verlobten der Art nicht besteht, daß sie alles zu vermeiden hätten, was die Eheschließung beeinträchtigen könnte usw. Aus der Ablehnung dieser Ansicht ergibt sich aber noch nicht, daß überhaupt keine Rechtspflicht beim Verlöbnis besteht, sondern nur, daß gerade diese Pflichten keine Rechtspflichten sind. Es kann also auch hier wieder nur soviel festgestellt werden, daß die Rechtsnatur der Verpflichtung zur Eheschließung nur nach dem Volksempfinden, d. h. nur mittelbar bestimmt werden kann.

[187]) Windecker, S. 84.

denken zu eigen machen kann, geht noch nicht ohne weiteres hervor, daß diese ethischen Rücksichten nicht dadurch im Gesetz ihren Niederschlag gefunden haben, daß man sie als Schadensersatzverpflichtungen wegen Verletzung einer Rechtspflicht konstruierte. Daß sich eine solche Auffassung sehr wohl mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbaren läßt, ist zur Genüge nachgewiesen. Insofern ist auch der Satz Windeckers[188]) nicht durchschlagend: „Das Verschulden (beim Verlöbnisbruch) ist niemals ein **juristisch-technisches,** sondern ein **sozial-ethisches.**" In der Tat wird bei dem Verlöbnisbruch die Frage gestellt, ob die Gründe, die zur Auflösung des Verlöbnisses geführt haben, solche sind, daß dem Verletzer ein sittlicher Vorwurf gemacht werden kann, und daß es deswegen als unbillig erscheinen würde, wenn man dem anderen Teile keine Schadensersatzansprüche zusprechen würde. Hierin liegt aber nicht: „eines der **stärksten** Beweismittel gegen die Vertragstheorie, sondern, daß dieses angebliche vertragswidrige Verhalten, mit dem die Rücktrittsfolgen immer wieder motiviert werden, seine Rechtfertigung nicht im Gesetz, sondern in der Moral zu suchen hat."[189]) Hiermit ist nichts bewiesen. Auch im sonstigen Rechtsverkehr sind an sich nicht juristisch-technische Fragen von großer Bedeutung, wie z. B. Treu und Glauben, die Verkehrssitte, die Zumutbarkeit usw. Der Umstand, daß beim Verlöbnisbruch moralische Gesichtspunkte mit herangezogen werden müssen, verschließt nicht, die rechtliche Natur des Eheversprechens festzustellen. Auch bei der Ehe werden die Fragen nach der Anfechtung und Scheidung zum großen Teil aus ethischen Gesichtspunkten beantwortet, und doch bestehen keine Bedenken hinsichtlich der Vertragsnatur der Ehe.

Windecker[190]) vertritt dann weiter den Standpunkt, daß aus dem Verlöbnis als Ruhestand überhaupt keine Rechtsfolgen fließen, daß vielmehr die Schadensersatzansprüche (nach ihm die einzigen Folgen, die als Rechtsfolgen angesehen werden könnten) erst bei Auflösung des Verlöbnisses entstehen, also nur bei **Nichtexistenz** eines Verlöbnisses eintreten. — Das Verlöbnis selbst soll also ein rein tatsächlicher Vorgang sein, die Folgen, die es hervorruft, insbesondere die Schadensersatzfolgen, dagegen Rechtsfolgen.[191]) Nun ist zugegeben, daß eine solche Konstruktion möglich

[188]) Windecker, S. 85.
[189]) Windecker, S. 85.
[190]) Windecker, S. 86.
[191]) Ebenso Junghanns, Sächs. Rpfl. A. 1919, S. 177 ff. „Verlöbnis ist das Sichfinden eines Mannes und einer Frau, die beide das erforderliche Verständnis von der Wichtigkeit und Heiligkeit der Ehe besitzen, in der nach und nach gegenseitig angenommenen, meist auch ausgesprochenen Gewißheit, die Ehe mit dem anderen Teil zu begehren, das gegenseitige Prüfen und gegenseitige Vorbereiten zur Ehe, das dann gekrönt wird durch einen Rechtsakt, die Eheschließung selbst, ein mit rechtlichen Folgen ausgestattetes, insbesondere ein besonderes familienrechtliches Verhältnis, den Brautstand, begründeter tatsächlicher Vorgang."

wäre. Nach meinem Dafürhalten ist es aber sehr gewagt, einen rein tatsächlichen, nur nach ethischen Gesichtspunkten zu beurteilenden Vorgang einzig und allein in seiner Auflösung als Grund für das Entstehen von Rechtsfolgen, von Schadensersatzansprüchen gelten zu lassen. Dann erscheint es mir doch gerechtfertigt, eine andere Theorie, bei der sich die Schadensersatzfolgen ungezwungen erklären lassen, vorzuziehen. Hierzu ist umsomehr Veranlassung gegeben, da, wie ich nachgewiesen habe, ein Grund zur Leugnung der Vertragsnatur des Verlöbnisses gar nicht vorliegt. Die Schadensersatzfolgen sind sehr wohl durch die Verletzung einer Rechtspflicht, nämlich die Pflicht zur Eingehung der Ehe und die Verletzung des Brautstandes zu erklären. Damit sind wir der an sich auch nichtssagenden Begründung enthoben, die Schadensersatzfolgen entständen erst mit der Auflösung des Verlöbnisses.[192])

Die praktischen Auswirkungen der Theorie des Sozialverhältnisses, die Windecker dann noch kurz behandelt,[193]) in der er ebenfalls der Vertragstheorie die Unbilligkeit ihrer Ergebnisse vorhalten zu können glaubt, habe ich zum großen Teil bereits oben bei der Uebersicht über die Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen besprochen. Bemerkt werden soll nur noch einmal, daß nicht nur die hohle Form eines Vertrages übrig bleibt, wenn man, wie ich, einige Bestimmungen nicht auf das Verlöbnis anwendet. Der Grund dafür, daß dann immer noch von einem Vertrage gesprochen werden kann, liegt eben darin, daß das Verlöbnis wegen seiner besonderen Natur eine Sonderbehandlung erfordert. — Andererseits kann man gerade Windecker vorhalten, daß er keine Begründung für die Anwendung so mancher Vorschriften des Allgemeinen Teils gibt. Mit welchem Recht wendet er denn, wenn das Verlöbnis lediglich ein tatsächlicher Vorgang ist, die Bestimmungen über Simulation und Mentalreservation z. B. auf das Verlöbnis an? Einen juristischen Grund hierfür gibt er nicht an, scheint also nur Billigkeits- oder ähnliche Rücksichten obwalten zu lassen. —

Eine solche Theorie, die auf die wichtigsten Fragen keine oder nur unbefriedigende Antworten zu geben vermag, ist daher abzulehnen. Sie ist weder in ihren Folgen genehmer, da die Vertragstheorie zu keinen Unbilligkeiten führt, noch ist das Verlöbnis ledig-

[192]) Windecker glaubt sich zur Erhärtung seiner Ansicht auch auf RG. Z. 80, 88 berufen zu können, in der das Reichsgericht ausspricht, daß nur eine sittliche Pflicht zur Eheschließung bestehe, die aber nicht als Rechtsfolge angesehen werden könne. „Diese (die Schadensersatzpflichten) fließen vielmehr einzig und allein aus der Auflösung." Daß diese Erklärung nicht haltbar und daß das Reichsgericht insofern als Vertreter der Vertragstheorie inkonsequent ist, habe ich bereits nachgewiesen. Auch Dniestrzański S. 87 ff., der die Anschauung des Reichsgerichts vertritt, hat keine Beweise dafür zu erbringen vermocht, daß man bei dieser Auffassung noch an der Vertragsnatur des Verlöbnisses festhalten kann.

[193]) Windecker, S. 90 ff.

lich als ein tatsächlicher Vorgang anzusehen, da sämtliche Voraussetzungen eines Rechtsgeschäfts beim Verlöbnis vorliegen. Ein Zwang wird damit dem Wesen des Verlöbnisses nicht auferlegt; nach der Volksauffassung wird m. E. die Pflicht zur Eingehung der Ehe gerade im Gegenteil als Rechtspflicht angesehen.

Die Einwände von Junghanns[194]), der im wesentlichen die gleiche Meinung wie Windecker vertritt, sind ebenfalls nicht stichhaltig. Erwähnt seien hier nur noch zwei seiner Bedenken. Er meint, die Hingabe und Annahme des Eheversprechens, die Erklärung, die Ehe miteinander eingehen zu wollen, sei im BGB. Gegenstand eines anderen Vertrages, nämlich der Eheschließung. — Hieraus ergibt sich aber kein Argument gegen die Vertragstheorie. Denn es ist noch niemals behauptet worden, daß der Eheschließungswille beim Verlöbnis und bei der Eheschließung vollkommen identisch seien. Der Unterschied zwischen beiden ist augenfällig: bei dem Verlöbnis ist der Wille hinsichtlich der Eheschließung auf die Zukunft gerichtet, bei der Ehe selbst dagegen auf die Gegenwart.[195]) Weiter meint Junghanns, das BGB. kenne verschiedene familienrechtliche Verträge, aber alle seien formbedürftig. Wenn das Verlöbnis also ein Vertrag wäre, so müßte im BGB. ebenfalls eine Formvorschrift aufgestellt sein. — Hiermit kann natürlich überhaupt nichts bewiesen werden, denn eine Vorschrift oder ein allgemein anerkannter Grundsatz, daß alle familienrechtlichen Verträge nur unter Wahrung bestimmter Formen geschlossen werden könnten, besteht nicht.

E. Schluß.

Somit ist nachgewiesen, daß keiner der gegen die Vertragstheorie gerichteten Angriffe berechtigt ist. Sämtliche Versuche, die Unhaltbarkeit der Vertragstheorie wegen ihrer praktischen Folgen nachzuweisen, sind als gescheitert anzusehen.

Ich habe in dieser Abhandlung den Beweis erbracht, daß das Verlöbnis als ein Vertrag angesehen werden muß. Die Parteien erklären sich bei der Verlobung ihren Willen; diese Willensäußerungen sind als Willenserklärungen im technischen Sinne anzusehen, weil sie auf Rechtsfolgen, nämlich auf die rechtliche Verpflichtung zur Eingehung der Ehe und auf den Brautstand, gerichtet sind. Die Pflicht zur Eheschließung muß gerade wegen ihres hoch sittlichen Gehalts als eine Rechtspflicht vom Gesetz geschützt werden, und die Volksauffassung verlangt eine

[194]) Junghanns, a. a. O., S. 177 ff.

[195]) Daß ich trotzdem keinen Vorvertrag annehme, liegt daran, weil ich das Verlöbnis als eine Einheit ansehe und Brautstand und Eheversprechen nicht trenne. (Vgl. oben S. 43.)

solche Stellungnahme des Gesetzes. — Der Brautstand wird in den verschiedensten Rechtsgebieten als ein rechtlich bedeutsames Lebensverhältnis zweier Personen angesehen und ist somit ein Rechtsverhältnis. Der Standpunkt des Reichsgerichts in Strafsachen, wonach im öffentlichen Recht nur das sittliche Moment ohne Rücksicht auf die zivilrechtliche Auffassung Beachtung finden soll, ist zu verwerfen. Hervorgehoben wurde dann noch, daß der Wille der Parteien auf Hervorbringung **beider** Rechtsfolgen gerichtet ist, weil das Verlöbnis als eine Einheit aufzufassen ist. Die bisher überaus streng gehandhabte Trennung von Brautstand und Verpflichtung zur Eheschließung ist nicht beizubehalten.

Von den Vorschriften des Allgemeinen Teils sind nur die Vorschriften über die Anfechtung unanwendbar, weil ihnen gegenüber die Rücktrittsbestimmungen lex specialis sind. Im übrigen aber richtet sich die Behandlung von Verlöbnissen, bei denen z. B. der eine Teil beschränkt geschäftsfähig ist, oder bei der der eine Teil die Verlobungserklärung nur zum Scherz oder zum Schein abgegeben hat, nach den allgemeinen Vorschriften. Es ist also zur Zuerkennung der in den §§ 1298 ff. vorgesehenen Schadensersatzansprüche immer erst notwendig, daß das Vorliegen eines **gültigen** Verlöbnisses festgestellt wird, d. h. eines Verlöbnisses, bei dem die Vorschriften des Allgemeinen Teils beachtet worden sind [196])

Bei Prüfung der Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen habe ich nachgewiesen, daß die praktischen Folgerungen der Vertragstheorie in allen Punkten durchaus billig sind. Sowohl im Zivilrecht als auch im Strafrecht ist das Vorliegen eines Verlöbnisses nicht dem Takt des Richters zu überlassen, wie von den Tatsächlichkeitstheoretikern gelehrt wird. Bei Berücksichtigung der vorgetragenen Gesichtspunkte ist es für den Richter ein Leichtes, sich die Überzeugung von dem Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Verlöbnisses zu verschaffen. Insbesondere im Strafrecht wird dadurch eine bedeutende Erleichterung gegenüber der bis jetzt gehandhabten Methode geschaffen, nach der allein der ernstliche Wille der Parteien zur Eheschließung als maßgebend angesehen wurde.

---

[196]) So Manigk, Willenserklärung, S. 727.

Lebenslauf.

Ich, Joachim, Waldemar Köhn wurde am 10. Februar 1903 als Sohn des Lehrers Johannes Köhn und seiner Ehefrau Clara, geb. Lange zu Berlin-Schöneberg geboren. Meine Schulausbildung erhielt ich auf dem Friedrichs-Werderschen Gymnasium zu Berlin. Im Oktober 1921 legte ich an dieser Anstalt das Abiturientenexamen ab.

Nach siebensemestrigem Studium an der Friedrich-Wilhelms Universität zu Berlin bestand ich am 15. Juli 1925 am Kammergericht mein Referendarexamen.

Am 6. August 1927 bestand ich in Marburg cum laude das Doktorexamen.